



**UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA**

LUCAS FRANCO DE PAULA

**ANÁLISE JURÍDICA DO PAPEL DE INTERVENÇÃO DO
ESTADO CONTEMPORÂNEO NA REGULAÇÃO E
SUPERVISÃO DA ATIVIDADE BANCÁRIA
TRANSNACIONAL A PARTIR DAS REGRAS DO II ACORDO
DE BASILÉIA**

Londrina
2013

LUCAS FRANCO DE PAULA

**ANÁLISE JURÍDICA DO PAPEL DE INTERVENÇÃO DO
ESTADO CONTEMPORÂNEO NA REGULAÇÃO E
SUPERVISÃO DA ATIVIDADE BANCÁRIA
TRANSNACIONAL A PARTIR DAS REGRAS DO II ACORDO
DE BASILÉIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Tânia Lobo Muniz

Londrina
2013

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

P324a Paula, Franco de Paula.

Análise jurídica do papel de intervenção do Estado contemporâneo na regulação e supervisão da atividade bancária transnacional a partir das regras do II acordo de Basiléia / Lucas Franco de Paula. – Londrina, 2013.

146f. : il.

Orientador: Tania Lobo Muniz.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Estado contemporâneo – Teses. 2. Globalização Financeira – Teses. 3. Basiléia II – Teses. 4. Supervisão bancária transnacional – Teses. I. Muniz, Tania Lobo. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 345.78

LUCAS FRANCO DE PAULA

**ANÁLISE JURÍDICA DO PAPEL DE INTERVENÇÃO DO ESTADO
CONTEMPORÂNEO NA REGULAÇÃO E SUPERVISÃO DA
ATIVIDADE BANCÁRIA TRANSNACIONAL A PARTIR DAS REGRAS
DO II ACORDO DE BASILÉIA**

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito Negocial da Universidade
Estadual de Londrina como requisito parcial à
obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Tânia Lobo Muniz
UEL – Londrina - PR

Prof. Elve Miguel Cenci
UEL – Londrina - PR

Prof. Maria de Fátima Ribeiro
UNIMAR – Marília - SP

Londrina, 30 de setembro de 2013.

Dedico este trabalho aos Mestres,
Doutores Marcos José de Paula e
Maria Goretti Franco de Paula, meus
pais, os principais responsáveis por
minha caminhada profissional,
acadêmica, jurídica e humana.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha orientadora e para sempre professora Tânia Lobo Muniz, que nesta longa caminhada sempre esteve ao meu lado na orientação, nos conselhos e nas conversas sobre o trabalho e demais assuntos, divertidos ou não, da nossa vida acadêmica.

Ao Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, que espero que seja apenas mais um fase da minha caminhada no querido curso de Direito, que já marca oito anos de minha vida.

Aos Professores membros da banca, pelo apoio, compreensão e pela honrosa participação neste importante ato.

Aos colegas bolsistas de Mestrado que tornaram essa caminhada muito mais fácil e proveitosa de ser trilhada.

Aos Promotores de Justiça Renato de Lima Castro e Leila Schimiti Voltarelli, que talvez nem saibam dessa circunstância , mas novamente participaram e me ajudaram na reta final de um trabalho acadêmico de conclusão de curso.

Aos meus pais e irmãos, por toda ajuda e apoio, com todo carinho do mundo e com a dedicatória integral do meu trabalho.

À todos meus amigos, aos que ganhei e aos que talvez perdi ao longo dessa caminhada. Aos Coiotinhos pelas distrações oportunas nos momentos mais difíceis de cansaço.

Ao final, à pessoa que entrou na minha vida pouco antes de eu iniciar a caminhada no Mestrado, me acompanhou, me acalmou, me viu cair, me ajudou a levantar, e mesmo diante de todo o tempo que lhe foi tomado por essa monografia, me mostrou que o amor pode levar as pessoas à qualquer lugar: minha parceirinha de sempre, Naiara.

É uma vitória, de todos nós.

“O que é roubar um banco comparado à afundar um?” - Adaptação da citação de Bertold Brecht

DE PAULA, Lucas Franco. **Análise Jurídica do papel de intervenção do Estado Contemporâneo na regulação e supervisão da atividade bancária transnacional a partir das regras do II Acordo de Basileia**. 2013. 146p. Dissertação de Mestrado– Universidade Estadual de Londrina, Londrina, Paraná.

RESUMO

Em face da internacionalização e integração dos mercados financeiros, observou-se que a dinâmica e racionalidade dos negócios jurídicos efetuados no âmbito da atividade de bancos internacionalmente ativos se tornou um desafio para o Estado. Concomitantemente, seus instrumentos de intervenção sobre o setor foram limitados devido ao impacto da globalização econômica e financeira na segunda metade do século XX, formando um ambiente de rejeição à atividade regulatória e de supervisão pelo Estado, e aproximando-se de um modelo de exclusiva autorregulação financeira. Dentro desse contexto, torna-se foco do trabalho realizar uma análise jurídica da suficiência da exclusiva autonomia regulatória das atividades bancárias transnacionais, para então avaliar se ainda há um papel para o Estado Contemporâneo participar de sua supervisão e regulação. Para tanto, será realizada uma ampla abordagem dos poderes de intervenção na economia do Estado Contemporâneo antes às transformações da economia internacional, e em um segundo momento, se realizará uma análise das atividades bancárias transnacionais e o ambiente regulatório em que se inserem, apresentando as características do principal marco regulatórios do setor: os Acordos de Basileia. Desse modo, a partir das regras do Segundo Acordo da Basileia que prevêem uma “supervisão global consolidada”, e depois de contextualizar a discussão na crise econômico-financeira de 2007/2008, será realizada uma análise jurídica sobre o papel do Estado em participar da regulação e supervisão do Setor. Conclui-se, ao final, pela insuficiência da autonomia regulatória do setor e a necessidade de uma redefinição da participação do Estado contemporâneo na supervisão e regulação das atividades bancárias transnacionais.

Palavras-chave: Estado contemporâneo. Globalização financeira. Basileia II. Supervisão bancária Transnacional. Intervenção do Estado.

DE PAULA, Lucas Franco. **A legal analysis of the Contemporary State intervention role on the regulation and supervision of the transnational banking activities based on the rules of Basel II.** 2013. 146p. Dissertação de Mestrado– Universidade Estadual de Londrina, Londrina, Paraná.

ABSTRACT

In behalf of the financial markets internationalization and integration, it has been verified that the dynamic and economic rationality of the legal business relations situated on the transactional banking activities became a challenge to the State. At the same time, its instruments of intervention on this sector has been limited by the financial globalization that occurred in the late 20th century impact, developing a canary of rejection to the regulatory and supervision State activity, approaching a model of exclusive self regulation. On this context, it becomes the paper focus to analyze from the legal point of view if the exclusive self regulation on the transnational banking activities, and then evaluate if there's still a role for the Contemporary State to participate on its supervision and regulation. In the effort to reach this objective, it will widely approach the States intervention capacity considering international economy transformations, and in second moment, it will analyze transnational banking activities and the regulatory ambience in which its inserted , presenting the characteristics of the main regulatory mark of this sector: The Basel Accords. Thus, starting from the Basel II rules which predict a "global consolidated supervision", and after contextualizing the discussion on the 2007/2008 crisis, an legal analysis over the State role in participating on the regulation and supervision of the Sector will be realized. It concludes, at the end, that the complete regulatory autonomy on the sector is insufficient, and that its necessary a redefinition on the Contemporary State participation on the supervision and regulation of transnational banking activities.

Keywords: Contemporary State. Basel II. Banking supervision. Financial globalization. State Intervention.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BIS	Bank for International Settlements
BIRD	Banco Interamericano de Desenvolvimento
EUA	Estados Unidos da América
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
FMI	Fundo Monetário Internacional
FSB	Financial Stability Board
IOSCO	Organização Internacional das Comissões de Valores
IAIS	International Association of Insurance Supervisors
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	União das Nações Unidas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ESTADO CONTEMPORÂNEO E INTERVENÇÃO NA ECONOMIA: ANÁLISE DOS PODERES DE REGULAÇÃO E SUPERVISÃO DO ESTADO NOS MERCADOS FINANCEIROS GLOBALIZADOS	14
1.1 DELINEAMENTOS INICIAIS SOBRE A CONCEPÇÃO DE ESTADO ADOTADA: DO ESTADO MODERNO AO CONTEMPORÂNEO	14
1.2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E OS INSTRUMENTOS DE REGULAÇÃO E SUPERVISÃO FINANCEIRA	22
1.3 A INSERÇÃO DO ESTADO NO SISTEMA FINANCEIRO INTERNACIONAL DURANTE O SÉCULO XX	31
1.3.1 Do Padrão Ouro aos Acordos de Bretton Woods	34
1.3.2 Do Novo Ciclo Capitalista de Liberalização e Integração dos Mercados a Globalização Financeira nas Últimas Décadas do Século XX	40
1.4 O IMPACTO DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA SOBRE O ESTADO E NOS MECANISMOS DE INTERVENÇÃO SOBRE OS MERCADOS FINANCEIROS	44
2 ATIVIDADE BANCÁRIA TRANSNACIONAL NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICO – FINANCEIRA	51
2.1 O DECLÍNIO DA REGULAÇÃO ESTATAL E A ASCENSÃO DA AUTORREGULAÇÃO FINANCEIRA	51
2.2 DELIMITAÇÃO DO OBJETO: A ATIVIDADE BANCÁRIA TRANSNACIONAL NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA	58
2.3 INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS RESPONSÁVEIS PELA REGULAÇÃO E SUPERVISÃO DA ATIVIDADE BANCÁRIA TRANSNACIONAL	64
2.3.1 O BIS (Bank For Internationa Settlements e o Comitê da Basileia)	69
2.4 OS ACORDO DE BASILÉIA E O <i>INTERNATIONAL CONVERGENCE OF CAPITAL MEASUREMENT AND CAPITAL STANDARDS: A REVISED FRAMEWORK (BASILÉIA II)</i> : ANÁLISE JURÍDICA DAS REGRAS DE SUPERVISÃO E REGULAÇÃO DO ACORDO DE BASILEIA)	73

2.5	A CRISE FINANCEIRA DE 2007/2008	82
3	A ANÁLISE JURÍDICA DA INTERVENÇÃO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO PELA REGULAÇÃO E SUPERVISÃO DA ATIVIDADE BANCÁRIA TRANSNACIONAL A PARTIR DAS REGRAS DO II ACORDO DE BASILÉIA	87
3.1	A PROBLEMÁTICA DO PODER REGULATÓRIO E DE SUPERVISÃO DO ESTADO SOBRE O SETOR FINANCEIRO NO MUNDO GLOBALIZADO: AS RELAÇÕES ENTRE O ESTADO DEMOCRÁTICO, DIREITO E ECONOMIA	88
3.2	O ESTADO CONTEMPORÂNEO COMO REFERÊNCIA PARA SUPERVISÃO E REGULAÇÃO DA ATIVIDADE BANCÁRIA TRANSNACIONAL	97
3.2.1	As Relações de Interdependência Entre o Estado Democrático Contemporâneo e as Atividades Bancárias Transnacionais.....	98
3.2.2	Democracia, Legitimidade Democrática e a Interdependência Financeira Entre as Atividades Bancárias Transnacionais e Direitos Econômicos e Sociais.....	106
3.2.3	O Estado Contemporâneo e seu Papel no Futuro da Regulação e Supervisão da Atividade Bancária Transnacional	119
	CONCLUSÃO	132
	REFERÊNCIAS.....	137

INTRODUÇÃO

A globalização econômico-financeira, caracterizada pela enorme mobilidade dos capitais financeiros, pela flexibilidade da produção econômica e pela transnacionalização e integração dos mercados, expandiu-se de forma a transpor os limites geográficos das economias nacionais, e passou a limitar crescentemente a atuação dos Estados em todos os setores econômicos e sociais. Em determinado momento, observou-se que a internacionalização da economia e o capital político por ela transportado impactaram no papel do Estado como referência para a intervenção no domínio econômico, retirando-lhe a possibilidade de execução de alguns de seus instrumentos tradicionais de política econômica, como a execução de políticas cambial, monetária e tributária e intervenção no mercado bancário e financeiro por meio da regulação e supervisão.

De outro lado, essas mudanças, somadas ao rápido desenvolvimento da tecnologia de informação e a inovação do setor financeiro, refletiram-se claramente na atividade bancária transnacional (a praticada por bancos internacionalmente ativos) e nos negócios jurídicos inseridos em seu âmbito. Registre-se que o traço fundamental do aspecto regulatório do setor, que tem como principal marco regulatório os Acordos de Basileia, ao lado da mencionada decadência dos poderes de intervenção dos Estados nacionais, foi ascensão de um regime autorregulação privada pelos agentes econômicos atuantes no setor, caracterizada pela dinâmica e racionalidade econômica cada vez mais desenvolvida. Esse modelo direciona-se no sentido que é desnecessária qualquer intervenção externa sobre o setor, sendo marcado por uma disciplina de mercado própria (Pilar 3 do Basileia II) e fundada no conceito econômico do paradigma do mercado eficiente.

Partindo-se, então, das regras inseridas no art.780 a 783 do II Acordo de Basileia (que terão sua estrutura, funcionamento e aplicabilidade estudadas em tópico específico), buscar-se-á, em primeiro lugar demonstrar de forma crítica os defeitos na adoção, de forma absoluta, do modelo de autorregulação para a atividade bancária transnacional, para depois responder o questionamento sobre ainda existir um papel para o Estado Contemporâneo (com sua estrutura e órgãos reguladores e de supervisão), e conseqüentemente para o Direito Internacional Público, no sentido atuar como referência para a supervisão e regulação do setor.

Para tanto, no primeiro capítulo, de tom mais conceitual, será apresentado o que se entende por Estado Contemporâneo, com objetivo de atender a um rigor metodológico na proposta de discussão. Registre-se que ainda que não se busque no trabalho apresentar uma definição de Estado, se faz necessária uma contextualização histórica e consignar o esclarecimento sobre amplitude do conceito em que se esta referindo ao longo do texto, principalmente quando há a referência a um “Estado contemporâneo” e ao seu poder de “intervenção”. Outrossim, após delimitar e caracterizar a intervenção econômica do Estado e sua atuação na economia internacional, inicia-se a análise das diversas transformações que esse modelo de Estado desenhado no início do capítulo passou durante o século XX no que diz respeito à sua atuação com ente regulador. Finalmente, a leitura se direciona a um dos aspetos mais importantes da atualidade, que se acentua na área econômica no final do século passado: a globalização econômico-financeira e seu impacto sobre o poder de intervenção (regulação e supervisão) do Estado sobre o setor econômico, e especificamente, sobre o setor bancário.

No segundo capítulo, mais do que buscar a origem histórica da atividade bancária, o que por si só, não trará contribuição significativa ao tema abordado na presente pesquisa, objetiva-se a traçar um panorama de como se construíram as atividades bancárias internacionais, dentro da rede de relações financeiras que hoje abrange a quase totalidade de regiões do mundo, obtendo-se assim os elementos que permitirão a delimitação do objeto de discussão da monografia. Restará claro que o declínio dos poderes de intervenção do Estado diante da globalização financeira foi essencial para desenvolver um ambiente de autorregulação financeira, baseado em pressupostos teóricos específicos, que é onde o mercado bancário transnacional atual encontra sua origem. Assim, se fará uma abordagem de como se constituiu o sistema bancário internacional globalizado, e dentro dele, as atividades bancárias transnacionais. Posteriormente delimita-se as atividades bancárias transnacionais nos termos do II acordo da Basiléia e apresenta-se as instituições internacionais competentes para a sua regulação e supervisão. Finaliza-se o capítulo trazendo um novo elemento à problematização da presente monografia por meio de uma análise empírica da crise bancária e financeira mais recente, ocorrida a partir do ano de 2007/2008.

No capítulo final, centraliza-se a discussão proposta, dividindo-a em dois tópicos. Em um primeiro momento, a narrativa ainda direciona-se no sentido de

problematizar o tema abordado, que se insere em contexto eminentemente amplo, e exigiu que fossem abordados aspectos que envolvem o tema proposto: capacidade regulatória do Estado sobre o setor financeiro, relacionando-se os elementos Estado, Democracia e Globalização econômica. Ao final, a abordagem será direcionada a avaliar a problemática desenhada e por meio de um corte metodológico específico, responder o questionamento da proposição tese, no sentido de ainda existir a possibilidade do Estado Contemporâneo ser usado como referência para supervisão e regulação da atividade bancária transnacional, nos termos das regras propostas nos mencionados dispositivos do II Acordo de Basileia.

1 ESTADO CONTEMPORÂNEO E INTERVENÇÃO NA ECONOMIA: ANÁLISE DOS PODERES DE REGULAÇÃO E SUPERVISÃO DO ESTADO NOS MERCADOS FINANCEIROS GLOBALIZADOS

A presente dissertação se propõe a realizar uma abordagem da relação entre os poderes regulatórios do Estado Contemporâneo e as atividades bancárias transnacionais na atualidade, estabelecendo-se relações entre esses dois grandes elementos de referência: de um lado a regulação Estatal e suas características tradicionais e de outro, o mercado bancário transnacional globalizado e as atividades que se realizam em seu âmbito. Assim, o primeiro desses elementos se torna o foco do presente capítulo, partindo-se de um delineamento sobre qual concepção de Estado se está adotando, desde sua formação (Estado Moderno) até posteriormente se construir a narrativa da evolução ao que se entende atualmente por Estado Contemporâneo e seus poderes de intervenção no domínio econômico.

Ainda que não seja objetivo do trabalho apresentar uma definição de Estado, já que se trata de um dos termos mais plurívocos e complexos das ciências sociais, faz-se necessária uma contextualização histórica e um esclarecimento sobre amplitude do conceito em que se está referindo ao longo do texto, principalmente quando há a referência à um “Estado Contemporâneo” e ao seu poder de “intervenção”. Em seguida, tendo sempre como objetivo de atender a um rigor metodológico, a discussão se desdobrará aos aspectos relevantes que a concepção de Estado construída terá na presente dissertação: a intervenção no domínio econômico regulação e sua atuação como produtor de Direito sob o ponto de vista nas relações internacionais econômicas. Na sequência, a abordagem será direcionada para transformações que esse modelo de Estado desenhado no início do capítulo passou durante o século XX quanto à seu aspecto regulatório, até se atingir a análise sobre o fenômeno da globalização econômico-financeira e seu impacto sobre o poder de intervenção (regulação e supervisão) do Estado.

1.1 DELINEAMENTOS INICIAIS SOBRE A CONCEPÇÃO DE ESTADO ADOTADA: DO ESTADO MODERNO AO CONTEMPORÂNEO

Destaca-se, inicialmente, que a concepção de Estado adotada neste trabalho está inicialmente pautada no “Estado Moderno”, ou seja, aquele que reúne

institucionalmente o poder de forma duradoura, no fim da Idade Média, e que vê a plenitude de sua formação com o advento do Absolutismo, sendo considerada a primeira encarnação madura de Estado moderno. (MARQUES NETO, 2002, p.25). Vale dizer que com a adoção desse marco histórico-temporal, passa-se à margem da discussão sobre a existência de um Estado anterior à formação dos Estados nacionais, que ocorreu no fim da Idade Média.¹

As deficiências que caracterizavam a sociedade política medieval foram essenciais à formação do Estado Moderno. Não conseguindo remontar à antiga unidade da organização política romana, o sistema feudal compreendia uma estrutura econômica e social que consistia em pequenos produtores individuais e unidades familiares voltadas à produção de subsistência. De outro lado, estavam latifundiários e senhores feudais que, apesar de sua relevância social e econômica, não detinham o poder político, sendo submetidos à tributação, exigências e guerras de monarcas, que em determinado momento, não eram mais interessantes a essa classe política. Essa situação os levou a criar a consciência para a busca de uma unidade, concretizada na afirmação de um poder soberano, no sentido de supremo, reconhecido como o mais alto de todos dentro de uma precisa delimitação territorial. (DALLARI, 1998, p.60)²

Surge então o Estado Moderno, que se difere das formas precedentes de organização institucional do poder político em um território, por sua natureza, motivações, fins, formas e alcances. Além disso, difere-se por sua implicação em uma dupla dinâmica: de um lado a captação e processamento das forças, necessidades e demandas que lhe são apresentadas em um contexto nacional e internacional, contraposta por sua própria realidade, interesses e capacidade para seu auto desenvolvimento e denominação. Mais do que uma

¹ Bobbio (1995, p.69) faz importante discussão sobre o surgimento do termo “Estado” e sobre a ausência de consenso quanto a existência do Estado como concebido na Modernidade, no período anterior a ela, estabelecendo dois parâmetros para apresentar as duas propostas divergentes (existência e não-existência de um Estado pré-Moderno): a continuidade ou descontinuidade de um processo que liga os ordenamentos políticos anteriores a instituição política Estado: “Quem considera que se pode falar de Estado apenas a propósito dos ordenamentos políticos de que trataram Bodin ou Hobbes ou Hegel, comporta-se deste modo porque vê mais a descontinuidade do que a continuidade, mais as diferenças do que as analogias. Quem fala indiferentemente de Estado para se referir tanto ao Estado de Bodin como à polis grega, vê mais as analogias do que as diferenças, mais a continuidade do que a descontinuidade”.

² Os tratados de paz de Westfália tiveram o caráter de documentação da existência de um novo tipo de Estado, com a característica básica de unidade territorial dotada de um poder soberano. Já se tratava do Estado Moderno, cujas características fundamentais, desenvolvidas espontaneamente, tornaram-se mais nítidas com o passar do tempo e à medida que tiveram sua definição e preservação convertidas em objetivos do próprio Estado. (DALLARI, 1998, p.60)

invenção, se tratou de fenômeno e caminho novos, convertidos em paradigmas, que através de suas origens e desenvolvimentos na Europa ocidental na Modernidade, foram importados, impostos ou incorporados ao resto do mundo. (KAPLAN, 2008, p.93).

Segundo Marques Neto (2002, p.33), dois aspectos devem ser destacados na formação do Estado Moderno: a concentração de poder na esfera pública, com a afirmação da Soberania, e a crescente separação entre a esfera pública e a privada:

Podemos destacar, então, que o Estado Moderno emerge após dois processos básicos e indissociáveis: a concentração do poder na esfera pública, a partir da afirmação da soberania (entendida como a inoponibilidade do poder frente aos outros Estados e frente aos demais pólos de poder existentes na sociedade), e a crescente separação entre a esfera pública e a privada (crescente, na medida em que vão se autonomizando tais esferas). A estes dois processos vai corresponder um terceiro relacionado com a necessidade de legitimação deste poder.

Roth (1996, p.16), assevera que o Estado Moderno se viu progressivamente emergindo desde o século XIV e apresentou-se como “forma específica de dominação política”, distinguindo-se do feudalismo por três elementos principais: a) a separação entre uma esfera pública, que passa a ser dominada pela racionalidade burocrática do Estado, e uma esfera que passa ser dita “privada” pelo domínio dos interesses individuais; b) em segundo lugar, a dissociação do poderio econômico (posse dos meios de produção e de subsistência), que se encontravam reunidos no sistema feudal; c) uma divisão entre funções políticas e administrativas, passando a ser autônomo da sociedade civil.

Neste vértice, ressalta-se que referência que se pretende adotar direciona-se àquela que Maquiavel inicialmente divulgou sob o termo Estado³, que tem origem etimológica palavra na *stato*, o particípio do verbo *stare*, que designa “organização estável” (FARIA, 2002, p.17), em suas diversas dimensões. Com efeito, dentre as dimensões sob as quais é possível analisar o Estado (como, por

³ Diz-se “divulgou”, já que, apesar de não ser a primeira utilização do termo, a obra começa, com estas palavras: “Todos os estados, todos os domínios que imperaram e imperam sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados” (MAQUIAVEL, 2009 p. 29).

exemplo, o de monopolizador da violência legítima⁴, formulador e executor de políticas públicas (MARQUES NETO, 2002, p.28)), a que é mais interessante às análises que serão formuladas no presente trabalho, será a do Estado como aparelho decisório, e centralizador de um poder político e vinculante entre determinados indivíduos. Bonavides (2004, p.184) resume em poucas palavras a correspondência do que se entende por Estado como o fenômeno do poder:

Todo Estado, em sua essência e substantividade, é poder, como diz o publicista alemão Forsthoff. Não se pode encobrir esse fato nem se deve ignorá-lo. As formas como esse poder se manifesta e a maneira como ele se distribui, estas sim, diferem, conforme se trate do poder de um, de vários ou de todos.

Desde o Século XX, segundo Canotilho (1995, p. 14) assume-se a concepção de Estado como uma formalização de natureza histórica, composta por um *ordenamento jurídico geral* em que os elementos constitutivos (ou características) consistiam nas seguintes: “(1)- territorialidade, isto é, a existência de um território concebido como "espaço da soberania estadual"; (2)-população, ou seja, a existência de um "povo" ou comunidade historicamente definida; (3)- política: prossecução de fins definidos e individualizados em termos políticos.”

Essa máxima organização de um grupo de indivíduos sobre um território, em virtude de um poder de comando, e que surgiu na Idade Moderna, segundo Poggi (1978, p.97) diferencia-se de todas as anteriores pela sua estrutura interna ser formal e complexa, composta por órgãos interdependentes e nunca completamente autônomos, que formam um *loci* para decidir, controlar e executar políticas. Essas esferas de competências, cujos recursos e modalidades operacionais são determinadas “de fora”, por órgãos com hierarquia superior, são finalmente centralizados em um órgão que representa a autoridade máxima.

Assim, busca-se considerar a concepção de Estado como espaço decisório, onde há a concentração do poder de coordenar e conduzir as relações sociais e econômicas, num dado momento histórico e para uma coletividade determinada, estabelecendo metas pretensamente comuns a serem perseguidas.

⁴ Hoje, o Estado é aquela comunidade humana que, dentro de determinado território - este, o "território", faz parte da qualidade característica -, reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima, pois o específico da atualidade é que a todas as demais associações ou pessoas individuais somente se atribui o direito de exercer coação física na medida em que o Estado o permita. Este é considerado a única fonte do "direito" de exercer coação. (WEBER, 2004, p.525)

(MARQUES NETO, 2002, p.28). Esse entendimento, não se pode deixar de ressaltar, servirá de base para analisar neste trabalho, de forma específica, as relações econômicas que são subjacentes aos Estados (atividades bancárias transnacionais).

Com o objetivo de avançar para uma melhor construção dessa concepção sobre o Estado Contemporâneo, que se adotará para análise do capítulo principal, faz-se necessária uma breve reconstrução do contexto em que surgiu o Estado Moderno, e posteriormente, das mudanças que sofreu ao longo da história até caracterizar outras concepções de Estado, como o Estado de Direito, Estado Social, Estado Intervencionista e o Estado Democrático de Direito e sua inserção no século XXI. Somente assim será possível atingir o que se referencia pela utilização do termo “Estado contemporâneo”.

Neste sentido, registre-se que a primeira delas é o advento do Estado Liberal, no contexto da forte mudança no modo de produção capitalista, acontecida com o desenvolvimento inicial do capitalismo mercantilista, onde uma nova classe social (a burguesia), resultante da intensificação da atividade comercial, passa aos poucos a ganhar o poder político mais significativo, e através das revoluções dos séculos XVIII e XIX, traz profundas mudanças para a estrutura do Estado. A influência do Liberalismo político e econômico passa a limitar o poder do Estado e principalmente da figura do soberano, no sentido de intervir nas relações sociais e principalmente nas relações econômicas. Saliente-se que esse pensamento político foi essencial para o desenvolvimento da fase inicial do modo de produção capitalista.

O pensamento Liberal baseia-se na limitação da intervenção estatal, na liberdade do indivíduo e na crença da superioridade da regulação espontânea da sociedade, limitando o papel do Estado ao monopólio dos meios de violência física (coação) e do poder jurídico (jurisdição), enquanto deveria renunciar realizar qualquer intervenção nos campos econômicos e sociais, que são de caráter puramente privado. (ROTH, 1998,p.17). Essa prevalência absoluta do pensamento liberal clássico e o modelo de Estado a ela subjacente, teve grande importância na conquista e consolidação dos direitos individuais e na limitação do poder soberano.

Não se olvide, outrossim, que a influência da idéia de Estado Liberal moldou a inicial concepção do Estado de Direito, que representa a submissão do poder político à legalidade, e se desenvolve no contexto das Revoluções Liberais

burguesas que buscavam limitar o poder sem restrições presente no Estado Absolutista. As características básicas do que se entende por Estado de Direito consistem na submissão do poder à lei, sendo esta considerada como ato emanado do Poder Legislativo; na proposição clássica de divisão de poderes, que separavam de forma independente os poderes do Estado em Legislativo Executivo e Judiciário; na declaração e garantias aos direitos individuais. (DIAZ, 1972, p.29). Deste modo, vê-se que o pensamento liberal demarcou um modelo de Estado que traz seus postulados básicos até a atualidade, revelando-se como a verdadeira raiz para a configuração atual da organização política Estatal na civilização ocidental.

No entanto, este modelo político de configuração da instituição do Estado não apresentava as respostas suficientes à evolução do capitalismo ocorrida durante a Revolução Industrial, e às imensas transformações que dela decorram. O principal ponto dessas modificações foi conflito de classes e de interesses que se instaurou dessas novas relações econômicas, sociais, políticas e naquele momento, de trabalho. Dessas intensas transformações no modo de produção capitalista, resultaram diversas injustiças sociais (na leitura dos economistas, externalidades), sendo que as garantias individuais burguesas e a forma de organização do Estado de Direito para limitar poderes absolutistas não estava sendo suficiente para garantir a todas as pessoas condições dignas de vida. Necessitava-se, assim, de uma revisão da postura do Estado como forma de organização política e social que adotava uma postura individualista, abstencionalista e neutra.

De acordo com Verdú (1975, p.94), o Estado necessitou enfrentar a “maré social”, despojando-se dessa sua postura de neutralidade, formalista e individualista, para adotar uma dogmática que busca a realização da justiça social, na busca de corrigir o individualismo do Liberalismo clássico por meio da afirmação dos direitos sociais e da busca por objetivos de justiça social. Nesse sentido destaca Bonavides (2004, p.62), ao trabalhar a crise no conceito individualista de liberdade e ascensão do Estado Social:

[...] a superação da liberdade qual a conceituava outrora o liberalismo, sem a consideração dos fatores econômicos, reconhecidos, hoje, como indispensáveis à prática da verdadeira liberdade humana. Vã, por conseguinte, a esperança de reprimir a rotação idealista do progresso, a busca necessária de uma liberdade e uma democracia esteada em postulados de justiça social e econômica.

É então que surge o Estado Social, que passa a representar um novo paradigma, relevando-se como uma transformação superestrutural pela qual passou o antigo Estado Liberal. Distingue-se, vale dizer, do Estado Socialista ou proletário previsto socialismo marxista, na medida em confirma sua adesão a ordem capitalista, um princípio a que não renuncia, resultando daí a afirmação de Bonavides (2004, p.184) “*compadecer-se o Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais [...]*”. Muito embora essa abstenção em procurar transformar o modo de produção capitalista seja uma característica do Estado Social, saliente-se que profundas mudanças se viram em relação ao modelo anterior: do ponto de vista do Constitucionalismo, as lutas sociais geraram os direitos de segunda geração ou direitos sociais e econômicos, passando o Estado a regular as relações de trabalho, de previdência social e também autonomia contratual, em oposição ao modelo proveniente do liberalismo clássico, aproximando-se do modelo de Estado que se agrega sob o termo inglês “Welfare State”.

Segundo destaca Roth (1998,p.17), invocando a terminologia de Weber, o Estado Moderno deixou de caracterizar uma associação ordenadora, idealizada pelo Estado de Direito Liberal, para caracterizar uma associação reguladora, ou o Estado de Direito Social. Criou-se, outrossim, a noção de que o Estado era responsável pela correção dos problemas sociais que advinham do modo de produção capitalista. Além disso, também decorreu das transformações econômicas do sistema capitalista, a destruição de solidariedades tradicionais, familiares e territoriais, passando a apresentar as primeiras necessidades da intervenção Estatal nas relações econômicas, como o estabelecimento de monopólios para exploração Estatal e adoção de uma política monetária de Estado. (ROTH,1998, p.17)

Destaca-se que essa é a principal mudança em relação ao modelo anterior – que interessa ao presente trabalho – no sentido de que agora o Estado estava autorizado a realizar uma “intervenção no domínio econômico”, ou seja, utilizar-se de sua estrutura para adotar medidas macroeconômicas, com finalidades próprias, legitimadas pela ação no interesse público, e influenciar diretamente nas relações econômicas e sociais. Sob esta perspectiva, traz-se uma nova alcunha comumente usada para designar os novos papéis atribuídos a este modelo de

Estado Social, em oposição ao modelo de abstenção e neutralidade do Estado no campo econômico: que é o conceito de Estado Intervencionista.

Ocorre que o aprofundamento no estudo da intervenção do Estado no campo econômico não pode prescindir de uma breve abordagem sobre um elemento essencial à configuração do Estado Contemporâneo, que é o Estado Democrático. Apesar de ser amplamente utilizado, o termo “Estado Democrático de Direito” torna-se de difícil conceituação em virtude das múltiplas facetas em que pode ser compreendido. Ressalta-se que a compreensão do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático somado ao Estado de Direito, mas entender que o termo democrático implica na irradiação dos valores atinentes à “*democracia sobre todos os elemento constitutivos do Estado e, pois, também, sobre a ordem jurídica*” (SILVA, p.119). Está também ligado à idéia de Soberania Popular, substancialmente representada pela efetiva autêntica, e legítima participação popular de forma democrática nos mecanismos de produção e controle das decisões políticas, abrangendo todos aspectos, variantes funções do poder do Estado. É nesse sentido que Müller assevera que:

a idéia fundamental da democracia é a determinação normativa de um tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o auto-governo na prática quase inexecutável, pretende-se ter ao menos a auto-codificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político.(MULLER, 1998, p.57.)

Nesse aspecto, afirma Canotilho:

o Estado concebe-se hoje como Estado Constitucional Democrático, porque ele é conformado por uma Lei fundamental escrita (= constituição juridicamente constituída das estruturas básicas da justiça) e pressupõe um modelo de legitimação tendencialmente reconduzível à legitimação democrática (CANOTILHO, 1995, p. 43).

Deste modo, essas diversas transformações pela qual passou o Estado Moderno, conformando-se às transformações sociais, econômicas, política e filosóficas, e adotando a Democracia baseada na soberania popular como fundamento de sua legitimação e existência, que confere legitimidade à própria existência do Estado como instituição e organização política. Outrossim, verifica-se

que a forma do Estado Contemporâneo oscila, também, entre a liberdade e a participação, já que a noção de direitos fundamentais representa a tradicional tutela das liberdades individuais incorporada ao Estado pelas revoluções burguesas (liberdade pessoal, política e econômica) constituem um dique contra a intervenção do Estado. Em lado oposto, os “direitos sociais representam direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social produzida”. (BOBBIO, MATEUCCI, PASQUINO, 2004 POLITICA, p.401)

Portanto, a conclusão é no sentido de que a busca por uma definição de Estado contemporâneo envolve numerosos problemas, que se originam do problema em se conseguir analisar de forma exaustiva “as múltiplas relações que se criaram entre o Estado e o complexo social e de captar, depois, os seus efeitos sobre a racionalidade interna do sistema político” (BOBBIO, MATEUCCI, PASQUINO, 2004 POLITICA, p.401) No entanto, as considerações apresentadas permitem um delineamento inicial sobre o que se entende por Estado Contemporâneo, e também que se passe a dar especial ênfase ao aspecto econômico da atuação do Estado, dentro do que se compreende no modelo Estado Intervencionista. Assim, dá-se continuidade à narrativa com a abordagem dos pressupostos teóricos gerais da Intervenção do Estado no domínio econômico e dos instrumentos de atuação do Estado sobre o setor financeiro.

1.2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E OS INSTRUMENTOS DE REGULAÇÃO E SUPERVISÃO FINANCEIRA

Pode-se observar, inicialmente, que o modelo tradicional de Estado moderno, formado durante as primeiras décadas do século XX, vem a passar por uma grande transformação, passando a ter a função de promover o crescimento econômico, ao mesmo tempo que cumpre o dever de assegurar uma proteção à parte da população necessitada, já que suas atribuições inerentes ao papel de Estado Social (Welfare State), com a garantia de direitos trabalhistas, previdenciários, saúde, educação e outros benefícios dependem diretamente do orçamento Estatal. Por sua vez, o orçamento do Estado tem sua hígidez vinculada à política econômica do Estado. Para tanto, o Estado não mais poderia se limitar às pressões de não-intervenção propostas pelo modelo liberal de Estado Moderno.

Essa concepção de Estado, vale dizer, foi inspirada principalmente pelo pensamento econômico de John Maynard Keynes, que se opunha a economia clássica, e atribuía aos Estados objetivos concretos, passando a legitimar a presença do Estado em quase todos setores da vida econômica e social, valendo-se, no campo econômico, de instrumentos fiscais, taxas de juros, oferta de crédito e gastos públicos para estimular consumo e crescimento (FARIA, 2002, p. 114). Keynes tratava dentro de sua teoria a incapacidade da sociedade de mercado em ter sucesso na garantia do pleno emprego e em atingir uma distribuição equânime da renda e da riqueza. Ademais, a crítica de Keynes ao liberalismo, formulada principalmente em sua clássica obra “O Fim do Laissez-faire” pauta-se quase que exclusivamente pela adoção de uma visão eminentemente pragmática, expressando-a de modo técnico e procurando fugir da sua vinculação a valores ideológicos:

A mais importante agenda do Estado não está relacionada às atividades que os indivíduos particularmente já realizam, mas às funções que estão fora do âmbito individual, àquelas decisões que ninguém adota se o Estado não o faz. Para o governo, o mais importante não é realizar coisas que os indivíduos já estão fazendo, e fazê-las um pouco melhor ou um pouco pior, mas fazer aquelas coisas que atualmente deixam de ser feitas. (KEYNES, 2004 p.10)

Deste modo, a crítica de Keynes direciona-se aos excessos e injustiças distributivas do capitalismo, mas não propõe qualquer ruptura com este modo de produção. Não há uma proposta de extinção ou reformulação do capitalismo como sistema econômico, já que segundo Keynes “existem valiosas atividades humanas que requerem o motivo do lucro e a atmosfera da propriedade privada de riqueza para que possam dar os seus frutos” (KEYNES, 1983, p. 254). Na verdade, Keynes pressupõe que a concentração da riqueza e da renda “é disfuncional e prejudicial ao crescimento econômico das nações, e, portanto, ao próprio desempenho do capitalismo”. (FONSECA, p.2010, p.432).

Entretanto, muito além da simples ruptura com a economia clássica, neoclássica e com os principais postulados econômicos de Adam Smith e dos demais economistas consagrados no pensamento vigente à época, concentra-se a proposta de Keynes em um ataque fundamental ao liberalismo econômico, por não assegurar instrumentos ou mecanismos automáticos que garantam o pleno emprego, passando a ser necessário administrar elementos macroeconômicos como

a demanda efetiva, e seu principal determinante: o investimento. Resta claro, portanto, que a leitura feita por Keynes tem como foco sua nova visão sobre o liberalismo econômico e apresenta como marcos recorrentes: a descrença no *laissez-faire* e a ênfase no argumento pragmático, “com base na experiência e no impacto de suas consequências, como sustentáculo para sua reflexão teórica e defesa de suas políticas de intervenção na realidade” (FONSECA, 2010, p.443). Registre-se, nesse sentido, a seguinte passagem clássica de Keynes:

Esclareçamos desde o início os princípios metafísicos ou gerais sobre os quais, de tempos em tempos, se fundamentou o *laissez-faire*. Não é verdade que os indivíduos possuem uma “liberdade natural” prescritiva em suas atividades econômicas. Não existe um contrato que confira direitos perpétuos aos que têm ou aos que adquirem. O mundo não é governado do alto de forma que o interesse particular e o social sempre coincidam. Não é administrado aqui embaixo para que na prática eles coincidam. Não constitui uma dedução correta dos princípios da Economia que o autointeresse esclarecido sempre atua a favor do interesse público. (KEYNES, 1978, p. 120).

Com base nos pressupostos teóricos macroeconômico de Keynes, que passou a ter grande influência na política econômica mundial durante o século XX (em especial após a Grande Depressão e no período da reconstrução da Europa no Pós Guerra, confeccionou-se um modelo ideal de Estado que detinha a capacidade de criação, de manter condições de investimento, e de exercer um controle sobre o curso da economia. (FARIA, 2011, p.17) Sem abandonar a economia de mercado, o Estado passa a intervir na economia com esses objetivos, estimulando, promovendo, disciplinando, regulando e planejando o crescimento, além de enfrentar os riscos de instabilidade conjuntural ou estrutural, criados de forma cíclica pelo sistema capitalista. (FARIA, 2002, 116).

Saliente-se que a ênfase do Estado Intervencionista também se direciona à Justiça redistributiva, tendo sempre como centro a atuação Estatal na economia nacional. Criou-se, assim, um sistema de financiamento previdenciário baseado em um compromisso moral vinculante, de modo a garantir aposentadoria de inativos e desempregados. Ademais, tomava-se por base a unidade familiar, a quem era garantido um emprego e salário estável e permanente, além existirem vários direitos legais, políticos e sociais criados a partir de das organizações sindicais e de comércio. (JESSOP, 2003, p.4). Dentro desse contexto, Moncada

explica como a doutrina de intervenção estatal na economia torna-se então pauta do Direito Econômico:

A superação do liberalismo econômico por via de intervenção estatal fez desta um dado fundamental da vida econômica, constituindo-a em critérios de diferenciação e unidade do direito econômico. O direito econômico terá assim por objeto as regras jurídicas que disciplinam a intervenção do Estado na economia. [...] Os meios jurídicos ao dispor das entidades públicas, privadas e mistas que a intervenção econômica do Estado tem por destinatárias, são consequência do conjunto de prerrogativas e especialidades de que o Estado as investe em ordem a uma mais fácil prossecução das finalidades econômico-sociais que norteiam nos nossos dias a sua atividade. O cerne do direito econômico passa a ser constituído por normas jurídicas de direito público. Aquele passa a configurar-se como “direito público da economia”, ou “direito público econômico”. (MONCADA, 2007, p.156)

Por sua vez, Petter aborda os limites e parâmetros da atuação intervencionista do Estado:

Os limites de atuação interventiva do Estado, portanto, constituem parte essencial do estudo dedicado ao regramento jurídico da economia. Há que se rememorar que a partir da Revolução Industrial, no século XIX, caracterizada pela crescente concentração de capital e pelo aguçamento das desigualdades sociais, é que esta ação interventiva se potencializou, no intuito de corrigir as disfuncionalidades naturais que a ordem evolutiva espontânea da economia faz surgir no cenário econômico real do nascente capitalismo. A história é, portanto, reveladora de uma primeira idéia: a de que a presença estatal – normativa e, portanto, exegética – haverá de ser graduada em sintonia e proporção às injustiças e abusos de toda ordem identificados na realidade socioeconômica. (PÉTTTER, 2008, p.157)

Nesse vértice, torna-se claro que a intervenção estatal passa a ter por objetivo prover as disfunções advindas do modo de produção capitalista, mostrando-se como justificativa da presença do Estado em sua atuação. No entanto, não está somente limitada a este aspecto, já que as bases jurídicas para a intervenção do Estado permitem a busca de resultados efetivos que devem ser conquistados em favor de melhores condições econômicas à Sociedade:

A presença do Poder Público na economia deixa de ter apenas por justificação as falhas do mercado. Uma segunda e extremamente poderosa motivação acoplou-se à primeira. Decorre das preferências políticas quanto ao desempenho tout court do sistema, levando o Estado, não apenas a contemplá-lo, mas a direcioná-lo deliberadamente em função de fins específicos. (NUSDEO, 2001, 126)

É com base nessas concepções que se formou o Direito Econômico, que tem como objetivo produzir e sistematizar a normatização das atividades econômicas, destacando-se que essa normatização, via de regra, é feita de modo formal e material em nível Constitucional, sendo positivadas no texto constitucional para formar as bases jurídicas de toda atividade econômica de determinada nação, vinculando-a a outros princípios constitucionais como a busca do desenvolvimento, bem-estar social da população e Justiça Social. É o que Vital Moreira denomina de Constituição Econômica (*Wirtschaftsverfassung*) como “[...] o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica”. (MOREIRA, 1979, p. 41).⁵

Neste ponto, ressalta-se que é importante diferenciar a forma como a doutrina jurídica explica os instrumentos de atuação do Estado no domínio econômico. Parte-se, então, da tradicional classificação proposta por Moncada, no sentido de que o Estado materializa sua intervenção no domínio econômico de duas formas, realizando-a de forma direta e indireta. Em primeiro lugar, Moncada denomina de “intervenção direta” aquelas situações em que o próprio Estado assume o papel de agente econômico nos mercados, realizando uma intervenção “produtiva”, ou de “actuação económica”. Nesse sentido, a intervenção direta se materializa quando o Estado que assume o papel de agente produtivo, por meio da criação de empresas públicas, formalizando a criação de uma sociedade empresária formada por capital público ou misto, para atuar como empresário no mercado, de modo a não desequilibrar o mercado interno. Referida modalidade de intervenção denota uma atuação incisiva do Estado na atividade econômica, que sempre participa no mercado com os outros agentes econômicos da iniciativa privada, mas sempre em igualdade de condições, como um verdadeiro empresário. (MONCADA, 1988, p. 36).

Por outro lado, a “intervenção indireta” corresponde às situações em que o Estado condiciona, incentiva ou enquadra normativamente o comportamento

⁵ Com base nesses pressupostos, as Constituições desses Estados passam a inserir em seu âmbito previsões de atuação no sentido de garantir a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, e também a realização da democracia econômica, social, cultural, com vistas a assegurar o aprofundamento da democracia representativa. Como, exemplo, pode-se citar o art.2º da Constituição Portuguesa.

dos agentes econômicos que atuam com liberdade de iniciativa e de empreender em um livre mercado, não tomando para si uma participação ativa no processo produtivo, de modo que não se atribuí a responsabilidade pela produção ou distribuição de bens ou serviços. Assim, vê-se que na atuação Estatal por intervenção indireta não se trata de uma atividade econômica do Estado, mas sim nas atitudes de impor limites, conceder de benefícios, e criar regras para as atividades econômica dos particulares. Trata-se de uma intervenção “regulamentadora”. (MONCADA, 1988, p. 36-37).

Assim, de modo ao contrário ao da intervenção direta, onde há uma atuação Estatal com caráter de empresário, e em que há participação na produção de bens e de serviços, registre-se que na intervenção indireta há apenas a atuação Estatal como agente normativo e regulador, revelando-se uma intervenção por meio de medidas políticas (política econômica) ou normativas (Direito Econômico), de forma a efetivamente realizar a intervenção nas atividades econômicas do setor privado. Outrossim, de acordo com Moncada, a intervenção indireta se caracteriza quando a atividade das empresas privadas, mistas ou mesmo públicas, forem objetos de medidas de caráter fiscalizatório (função de polícia) ou de estímulo (função de fomento). (MONCADA, 1988, p.128) Portanto, nessas situações a intervenção Estatal na ordem econômica ocorre de forma indireta, sendo o Estado um mero agente disciplinador e regulador da economia. No dizer de Bastos (2001, p. 108): “A intervenção indireta ocorre quando o Estado condiciona, motiva ou enquadra a atuação dos atores econômicos, nada obstante o fato de ele mesmo não assumir nenhum papel como produtor ou distribuidor de bens e serviços”.

Torna-se necessário, no presente momento, esclarecer que é justamente na intervenção Estatal indireta que se encontram as bases jurídicas para definir no que consistem os instrumentos de Regulação e Supervisão da atividade bancária transnacional. Parte-se, inicialmente, do estudo do fenômeno jurídico da Regulação, que se aproxima das funções normativas da intervenção indireta do Estado no domínio Econômico. Sobre o tema, destaca Bassoli quanto às atribuições da intervenção por meio da função normativa:

A intervenção do Estado, por meio da função normativa, deve ser para indicar as condutas permitidas, proibidas, obrigatórias, que promovam, por exemplo, o direito ao trabalho e à valorização do trabalho humano; o direito à liberdade para atividades econômicas; o direito ao desenvolvimento sócioeconômico equilibrado entre os Estados-membros e Municípios; o direito de que o meio ambiente seja preservado; o direito de que se criem as categorias de empresas de pequeno porte ou microempresas; o direito destas empresas terem tratamento diferenciado, de incentivo, na seara tributária, previdenciária, administrativa. (KEMPFER,2007, p. 246).

Já Barroso demonstra um outro aspecto, no sentido de que ao Estado cabe editar normas que conduzam a mecanismos de inibição de abusos que eventualmente ocorram na ordem econômica:

No desempenho dessa competência, deverá editar normas coibindo abusos contra o consumidor, prevenindo ou sancionando condutas anticoncorrenciais, para citar alguns exemplos. Ao traçar esta disciplina, deverá o Poder Público, como natural, pautar-se no quadro da Constituição, tendo como vetor interpretativo os fundamentos do Estado e da ordem econômica: livre iniciativa e valorização do trabalho humano. (BARROSO,2002, p.13).

Entretanto, destaca-se que apesar de estar mais próximo da intervenção indireta por meio da atividade normativa, ao se adotar o conceito de “regulação” não se está remetendo à produção normativa geralmente referenciada pela doutrina (produção legal por parte do Estado), de modo que a compreensão atividade regulatória exige uma contextualização diversa. De início, ressalta-se que em razão dos estudos sobre o tema da regulação (regulation) terem se originado de países de língua inglesa, é necessária uma ressalva prévia na utilização desse termo para designar a atividade promovida pelo Estado, e de “regulator” a expressão para a entidade que promove. (SUNFIEND, 2006, p. 32). Isto porque a tradução das duas expressões para os vernáculos latinos podem se confundir com o termo “regulamentação”, que é utilizada para designar a função infra-normativa do Estado, por meio da qual se realiza o detalhamento de uma norma anterior, de caráter abstrato e geral. Não é admitido, em regra, nas democracias constitucionais do civil Law os denominados Regulamentos autônomos, que são objeto de detalhado Estudo realizado por Mello.(2005, 313 e ss.).

Dessa forma, Justen Filho (2002, p.15), citando o autor italiano Sérgio Fois, destaca que a utilização do vocábulo “*regulation*” demonstra a

referência às funções governamentais que tipicamente não se identificam com uma função normativa em sentido próprio, nem mesmo com a função jurisdicional, e tampouco com uma atuação administrativa em sentido restrito, de modo que o fenômeno da regulação mostra-se como “fenômeno jurídico dificilmente enquadrável nas três tradicionais funções públicas”. Registre-se, ainda, que o “Estado Regulador é uma organização institucional que se relaciona às concepções do Estado de Direito”. Saliente-se, portanto, que para compreender essa concepção de Estado Regulador, deve-se atentar ao fato de que essa figura pressupõe “não apenas o monopólio do Direito por parte do Estado, mas também a submissão deste àquele”, sendo necessário reconhecer a supremacia da ordem jurídica sobre a atuação política.

Outrossim, Justen Filho (2002, p.18) destaca que o atual entendimento de regulação está ligado ao declínio dos monopólios estatais típicos do Welfare State ou Estado Social: “Logo, o Estado de Bem-Estar Social exercia funções econômicas muito relevantes, não apenas a título de intervenção, mas também e especialmente como atuação direta em campos reservados preferencialmente para si próprio”. Segundo o autor, com a derrocada da presença do Estado por meio da intervenção direta e o declínio dos monopólios sobre setores da economia (em razão de fenômenos que serão melhor estudados adiante), passou-se ao próprio mercado a exploração dessas atividades, reservando-se ao Estado e suas Agências exercer o papel de intervenção indireta atípico que consiste em “regular” essas atividades.

Neste contexto, apesar de ser inquestionável que o Estado de Bem-Estar (Estado Social e intervencionista) também desempenhava função regulatória, esse é o contexto mais próximo do atual conceito de Regulação. Como assinala Sunfield (2006, p.23)

A regulação é - isso, sim - característica de um certo modelo econômico. aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica." as necessidades comuns, o que significa atribuir à iniciativa privada o encargo correspondente.

De igual modo, Aragão (2001, p. 74). assim define regulação após abordar a diferença entre “regulação” e “regulamentação”:

Conjunto de medidas legislativa, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direção socialmente desejáveis”.

Por outro lado, a atividade de Supervisão é geralmente voltada para atividade bancária e de mercados financeiros, aproximando-se de outra forma de intervenção indireta do Estado na Economia: a atividade de fiscalização, que segundo entendimento de Grau (2004,p.307), significa:

Prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica. Essas normas e medidas, isso é evidente [...], há de necessariamente estar a dar concreção aos princípios que conformam a ordem econômica. Por isso não de, quando atinjam a atividade econômica em sentido estrito, necessariamente configurar intervenção sobre o domínio econômico.

Porém, a atividade de Supervisão é geralmente realizada por agências reguladoras independentes (no setor Bancário, pelo Banco Central do Estado ou órgão regulador equivalente), já que elas ultrapassam as técnicas tradicionais da atividade fiscalização, como a auditoria dos registros da instituição, ou a verificação e o teste de suas transações, exercendo tipicamente o Poder de Polícia do Estado. Saliente-se que a Supervisão traduz uma atividade de acompanhamento, próximo e contínuo, das atividades do agente econômico sob regulação por meio do compartilhamento de informações com o regulador. No caso de atividades financeiras, deverá se focar nos riscos e também avaliar a capacidade gerencial e dos controles internos sobre esses riscos, apontando-se possíveis pontos fracos que possam gerar problemas. Outrossim, a supervisão tem por objetivo avaliar os resultados da administração da instituição e manutenção de sua solidez econômico-financeira. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2008). Neste contexto, destaca-se:

Antes de tudo, porém, é necessário lembrar que, no Brasil, como em qualquer outro país, a supervisão bancária tem por objetivo promover um contínuo aperfeiçoamento para garantir solidez, a estabilidade, a liquidez e a solvência das instituições financeiras. Nesse sentido, da mesma forma, como qualquer outro Banco Central, também o Bacen enfrenta os mesmos dilemas associados a essa função reguladora e supervisora, quais sejam, o de estar sempre correndo atrás das inovações financeiras e o de ser constantemente surpreendido por situações de risco e crises. Em outras palavras, por maior que seja o esforço do Banco Central no sentido de prevenir as crises bancárias, elas acabam acontecendo periodicamente. (CORAZZA, 2000, p.94)

Finalmente, ressalta-se que todas essas circunstâncias, sobretudo quanto às remodelações pelas quais passou o Estado e os instrumentos jurídicos de intervenção no domínio econômico, implicam na reflexão sobre a seguinte observação feita por Bresser-Pereira (2009, p.33), no sentido de que *“a intervenção do Estado segue um padrão cíclico”*. Nesse sentido, ao se analisar a atuação do Estado na economia, verifica-se que há um processo histórico resultante da contínua inter-relação entre Estado e Mercado - os dois elementos institucionais em que se inserem os modernos Estados-Nação -, de modo que *“todas as economias avançadas são essencialmente economias mistas: elas não são puras economias de mercado, e muito menos regimes estatais”*. (BRESSER-PEREIRA, 2009, p.32)

Nesse contexto, destaca-se que é importante analisar como esse modelo intervencionista de Estado, que segue um padrão variável conforme a evolução da realidade socioeconômica, se insere no âmbito das relações financeiras internacionais que se desenvolveram durante o século XX, já que esse é o ambiente em que atualmente se encontram as atividades bancárias transnacionais. Ademais, diversas circunstâncias que serão observadas na releitura de como se desenvolveu o sistema financeiro internacional durante o século passado, e de como o Estado acompanhou essas mudanças, permitem a compreensão dos atuais poderes de intervenção sobre as atividades que se desenvolvem nessas áreas.

1.3 A INSERÇÃO DO ESTADO E DE SEUS PODERES DE INTERVENÇÃO ECONÔMICA NO SISTEMA FINANCEIRO INTERNACIONAL DURANTE SÉCULO XX

De início, destaca-se que se adotará uma posição metodológica quanto ao que se convém chamar de “sistema financeiro internacional”, já que a pesquisa realizada muitas vezes direciona para um “não sistema financeiro”, haja

vista a imensa rede de relações descentralizadas e muitas vezes sequer conhecidas entre os mercados internacionais financeiros, instituições internacionais reguladoras e demais participantes da rede de relações que se pretende definir como “sistema”. Feita essa consideração, que têm apenas com o objetivo de delimitar e localizar o objetivo de discussão, se convencionará chamar de sistema financeiro internacional o conjunto de instituições, mercados e entidades que compõem as relações financeiras mencionadas, que tiveram principal desenvolvimento durante o séc.XX, envolvendo diversos atores e instituições, como os Estados Nacionais e seus órgãos reguladores – os Bancos Centrais e Comissões Monetárias dotadas de autonomia., Organizações Internacionais, e posteriormente o grande grupo de empresas transnacionais do setor financeiro, como conglomerados bancários transnacionais, *holdings* financeiras, dentre outros.⁶

Entretanto, esse cenário será analisado posteriormente, sendo que neste momento impõe-se a necessidade de se destacar alguns marcos históricos e fatos relativos à composição do sistema financeiro internacional durante o século XX, que servirão para posterior referência dentro do objetivo de contextualização apresentado. Serão feitas referências, inevitavelmente, a análises macroeconômicas, sempre com o exclusivo objetivo de explicar o contexto em que as relações que interessam ao objeto do presente trabalho se desenvolveram, tendo por escopo demonstrar as relações entre o Estado Intervencionista (ou Social) e posteriormente, o Estado Contemporâneo e os mercados financeiros que compõe esse sistema financeiro internacional, em especial o mercado bancário transnacional.

Por outro lado, é necessário partir de alguns postulados clássicos de Direito Internacional Público, com objetivo de posteriormente analisar as relações do Estado com os mercados financeiros internacionais que desenvolveram no século XX, sendo o principal deles no sentido de que somente Estados e Organizações Internacionais (formadas pelos Estados) são exclusivamente os sujeitos de direito internacional, desenvolvendo-se apenas posteriormente a idéia da participação de

⁶ Inclui-se, ainda, nesse conjunto, entidades internacionais das mais diversas naturezas e objetivos, como as que reúnem representantes de órgãos e agências reguladores estatais: BIS – Bank for International Settlements, IOSCO - Organização Internacional das Comissões de Valores, IAIS - International Association of Insurance Supervisors (Associação Internacional dos Supervisores de Seguros) e o FSB (Financial Stability Board). De igual modo, inserem-se organizações internacionais como o FMI, Banco Mundial, BIRD - Banco Interamericano de Desenvolvimento), além da OMC – Organização Mundial do Comércio, destinada regulação e solução de controvérsias do comércio internacional.

atores internacionais.⁷ A concepção clássica é apresentada por Carl Schmitt, ao assinalar que é a partir da Paz de Westfália de 1648 (marco inaugural do moderno sistema internacional), que a personalidade do Estado soberano impõe-se com base nas noções e princípios como o de soberania estatal e o de Estado nação (MELLO, 2007, p. 363). Nesse sentido, Mello define o Estado para o Direito Internacional em sua concepção jurídica moderna como:

sujeito de DI é aquele que reúne três elementos indispensáveis para a sua formação: população (composta de nacionais e estrangeiros), território (ele não precisa ser completamente definido, sendo que a ONU tem admitido Estados com questões de fronteira, por exemplo, Israel) e governo (deve ser efetivo e estável). Todavia, o Estado pessoa internacional plena é aquele que possui soberania. (MELLO, 2007, p. 329).

Ressalta-se que os Estados como sujeitos de Direito Internacional detêm a capacidade de produzir tratados internacionais e possuem relações com essas normas, ainda que não seja uníssono que essa capacidade seja requisito para a configuração do Estado como sujeito de Direito Internacional. Nesse sentido, destaca-se a definição de Accioly (1933, p.77) acerca do Estado: *“uma comunidade política independente, estabelecida permanentemente num território determinado, sob um governo e capaz de manter relações com outras coletividades da mesma natureza”*. De igual modo, a *capacidade de manter relações com os demais Estados* é disposição contida na *Convenção de Montevideú sobre direitos e deveres dos Estados*, assinada em Montevideú – Uruguai, a 26 de dezembro de 1933, que em seu art. 1º, considera que o Estado como pessoa de DIP deve reunir os seguintes requisitos: a) povoação permanente; b) território determinado; c) governo; d) capacidade de entrar em relações com os demais Estados.

No que diz respeito aos Tratados Internacionais, destaca-se a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), que no artigo 2º, estabelece que o termo "tratado internacional" corresponde ao "acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular". Mazuolli (2001, p. 27) detalha de forma sintetizada como

⁷ Segundo Varela (2011, p.23) : “ [...] atores internacionais são todos aqueles que participam de alguma forma das relações jurídicas e políticas internacionais.”

elementos que compõe os tratados: acordo internacional, celebrado por escrito, concluído pelos Estados, regido pelo direito internacional, celebrado em instrumento único ou em dois ou mais instrumentos conexos, ausência de denominação particular.

Herdegen (2009,p.59), por sua vez, estabelece a seguinte conjuntura para a participação do Estado enquanto sujeito de direito e com o poder de produzir normas por meio dos tratados internacionais:

No ordenamento econômico mundial descentralizado, os Estados desempenham um papel preponderante em um duplo sentido. Por um lado, são responsáveis pelo poder normativo; esta função normativa se verifica na atividade legislativa nacional, na Administração e na jurisprudência, assim como na criação de regras de Direito internacional Público e na participação em organizações internacionais. Por outro lado, os Estados se envolvem diretamente nas transações econômicas, por exemplo, como proprietários de matérias primas e outros bens econômicos. (HERDEGEN, 2009,p.59)

Dessas breves considerações, extrai-se que o surgimento da sociedade internacional e do Direito das Gentes (*jus Gentium*) estão necessariamente atrelados à consolidação do Estado como ente político, sendo que este participou da criação de parte expressiva das normas de direito internacionais, utilizando-se do instrumento jurídico clássico nesse âmbito, que são os tratados internacionais. Entretanto, esse aporte decisivo e quase exclusivo dos Estados, por meio da utilização dos tratados e formação as organizações internacionais, passa a ser revisto em razão de diversas circunstâncias que transformaram essa realidade presente desde a formação do sistema internacional do Século XVII, sendo que muitas delas escapam ao objeto da presente dissertação. Desse modo, mantendo-se o foco na busca de esclarecer a participação do Estado nas relações internacionais econômicas e financeiras (mercados bancários transnacionais), se faz importante estudar a conjuntura econômica do sistema financeiro internacional no século XX, cotejando-se com os postulados de Direito Internacional Público clássico acima apresentados.

1.3.1 Do padrão Ouro aos Acordos de Bretton Woods

Longe de tentar sair em busca do marco histórico de quando e onde se desenhou a primeira atividade bancária em nível internacional, o presente

capítulo inicia-se com uma volta ao contexto pós-Revolução Industrial, em um cenário onde liberalismo político e econômico se desenhava e o comércio internacional, existente desde o começo da civilização, começa a experimentar grande desenvolvimento e a exigir da principal organização político-institucional: o Estado Nacional, o estabelecimento de padrões monetários para sua viabilização.

Não se torna exagero, então, afirmar que foi em decorrência da necessidade do crescimento do comércio internacional que se desenvolveram as primeiras atividades bancárias e financeiras entre nações, assim como entre os Estados Nacionais e bancos privados, que não necessariamente estavam localizados no mesmo território que o ente nacional. Evidencia-se, assim, que a busca de uma padronização e estabilidade das moedas utilizadas para troca entre as Nações, eram essenciais para a viabilização da atividade comercial do período, no qual Polanyi (1980, p.27) já destacava haver grande integração do sistema monetário, pois os grupos bancários já não se limitavam a negócios no território do Estado onde tinham sede.

Entres os principais países do ocidente, o modo de produção capitalista e o sistema bancário desenvolveram-se de forma paralela, gradualmente originando-se dos sistemas de crédito nacionais, baseados em pagamentos feitos no dinheiro em forma de crédito: expressos em ouro, mas não “em ouro”⁸, que passaram a ter a função de moeda. Com a intensificação do intercâmbio comercial internacional, esse sistema de créditos, para cujo funcionamento a atividade bancária era essencial, foi projetado para além das fronteiras nacionais, resultando na progressiva constituição de um sistema de crédito internacional correspondente a *“meios de circulação e pagamento na forma de títulos de crédito de curso internacional, culminando com a emergência de formas de dinheiro de crédito mundial”*. (GERMER, 2000, p. 160)

Surge então, no século XIX, uma moeda internacional, a qual tinha como objetivo propiciar a necessária estabilidade para as relações econômicas mundiais: o padrão ouro-clássico. Nascido no berço do liberalismo e pela teoria

⁸ Nas palavras de GERMER (2000, p.160): “Dinheiro de crédito designa, na teoria de Marx, os instrumentos de crédito que desempenham as funções de circulação (meios de circulação e de pagamento), com base na difusão da função de meio de pagamento do dinheiro e no desenvolvimento do sistema bancário. As formas mais desenvolvidas do dinheiro de crédito são a nota do banco central e os depósitos bancários, estes últimos predominantes atualmente.”

econômica liberal muito influenciada⁹, este sistema monetário informalmente estabelecido - já que não houve norma de direito internacional o instituindo¹⁰ -, era rigidamente controlado pelo governo da Grã-Bretanha, conhecida nos meios financeiros como “City”, o centro financeiro mundial.

Destaca-se que o Padrão Ouro Internacional foi abandonado com a Primeira Guerra Mundial, quando as principais nações industrializadas estavam com suas economias debilitadas, com seus sistemas de produção destruídos e com dívidas em razão dos gastos militares, iniciando um cenário em que houve o acirramento da competição comercial com base em práticas protecionistas (políticas tarifárias) e depreciações cambiais (em busca de competitividade nas exportações), que segundo CASTRO (2006, p.50), completava um quadro de políticas institucionais que passaram a dominar as economias nacionais e suas relações internacionais e do qual resultou:

A ascensão, no início do século XX, de um processo de desinstitucionalização e desorganização da economia de Mercado, correspondente ao crescimento do desemprego em massa. Nos Estados Unidos da América, as condições organizacionais da produção econômica foram puxadas pelo sistema bancário, com práticas favorecedoras da especulação, havendo um estouro da bolha especulativa em 1929.

A Crise que durou de 1929-1933 ocasionou a destruição do sistema de crédito e do comércio internacional, e resultou na paralisou a metade da economia mundial, demonstrando a interdependência das economias nacionais (circunstância marcante na atualidade) já era observável neste período, mas fazendo com que o capital financeiro ficasse momentaneamente distante de poder se internacionalizar novamente (CERQUEIRA, 2007, p.334), em situação que durou por todo período entre guerras.

Entretanto, o período imediato à Segunda Guerra Mundial foi marcado não só pelo projeto de reconstrução da Europa destruída, mas também por

⁹ Segundo DAL RI JUNIOR (2004, p.98), as ideias e análises sobre o Comércio internacional feitas por Locke, Montesquieu e Steuart foram fundamentais para limitação da intervenção do Estado nas movimentações internacionais de fundos, que deveriam ser livres e coordenadas por instituições encarregadas da política monetária independentes dos governos.

¹⁰ Apurou-se da pesquisa bibliográfica realizada que, na ausência de normas internacionais, o marco legal do padrão ouro foi adoção, pela Inglaterra do *Peel's Act*, de 1819, sua emenda de 1821 e o *Bank Charter Act de 1944*. Posteriormente, os Estados Unidos adotaram oficialmente o padrão ouro com *Gold Standard Act* de 1900.

um esforço conjunto entre as nações para reestruturar a fragilizada organização jurídica internacional, almejando uma cooperação de todas as nações em uma aspiração universalista, em busca da paz e do desenvolvimento. Enquanto também se redesenhava a organização geopolítica, com a consolidação dos Estados Unidos da América como potência militar e econômica, desafiado pela República Socialista Soviética no oriente, tem-se como marco principal deste período a criação da ONU – União das Nações Unidas, no ano de 1945.

No âmbito político-filosófico, se constatou uma nova concepção de sociedade internacional, (DAL RI JUNIOR,2004,p.115), sendo que alguns juristas europeus passaram a interpretar o direito internacional à luz da vida social e econômica, e importantes pensadores passaram a salientar a necessidade, também em nível internacional, partindo-se do primado do direito sobre a economia. Nesse contexto, dentre todas as áreas que as nações se debruçaram para um esforço conjunto na busca da paz e do ideal de cooperação entre os povos, se mostrou como um das mais importantes, a reorganização do sistema monetário internacional e as estruturas financeiras que já tinham sido esquecidas e não funcionaram no período entre guerras.

É nessa tendência de universalismo e cooperação entre os Estados que se deu a celebração dos Acordos de Bretton Woods, que vieram com o objetivo de reformular e constituir de forma clara e precisa (e com a maior brevidade possível), “uma nova ordem jurídica internacional que abarcasse disposições multilaterais claras e precisas em matéria financeira, monetária e comercial”. (DAL RI JUNIOR, 117). Realizou-se, como uma conferência governamental no âmbito da recém-criada ONU, entre os dias 1º a 22 de junho de 1944, no Hotel de Bretton Woods (New Hampshire, EUA), e foi onde se aprovou uma série de documentos que serviram de base para a regulamentação das relações econômicas internacionais. Além disso, advieram dos Acordos de Bretton Woods instituições importantes como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial, além da recomendação de um acordo para regulamentar as relações liberalizadas de comércio, que no futuro veio a se tornar o GATT e posteriormente a OMC – Organização Mundial do Comércio.

Saliente-se que as discussões durante a celebração dos acordos sobre o sistema monetário e financeiro internacional foram marcadas por duas teses-propostas. Uma delas foi defendida por Keynes, e era caracterizada pela

proposta de criação de uma espécie de banco central internacional, o *International Clearing Union*, com o depósito das reservas dos países membros nesse órgão e a emissão, por esse banco, de uma moeda chamada Bancor, na qual as reservas depositadas seriam imediatamente convertidas. Frise-se que Keynes apresentava proposta de existirem amplos controles por meio de acordos explícitos, que teriam aplicação independentemente de acordos de comércio internacional entre as nações e de políticas convergentes de taxa de câmbio:

Eu me oriento que devemos continuar nossos controles de trocas existentes depois da guerra, e que nós não se prontifiquemos a retornar ao arranjo monetário do *laissez-faire* existente no pré-guerra em que bens eram livremente comprados e vendidos internacionalmente tendo o ouro como equivalente. Considerando que nós mesmos teremos pouco ouro sobrando[...]. É extremamente dificultoso passar qualquer proposta sobre tarifas se os países estão livres par alterar os valores de suas modeas sem um acordo e à curto prazo [...]. Sem um acordo sobre trocas de câmbio, não existe terreno para se discutir as tarifas.(KEYNES, 1940, p.8; KEYNES, 1944, p.131))

Prevaleceu, entretanto, as propostas de Harry White, que se baseavam na adoção do padrão ouro como referência, no estabelecimento de paridades monetárias estáveis e a eliminação dos controles cambiais, assim como a criação dos órgãos acima descritos.¹¹ O sistema funcionou de 1946 até 1968 sem maiores alterações. Em suma, com adoção das propostas de White e a criação das instituições acima mencionadas, o sistema monetário foi reorganizado novamente, e ainda que de forma indireta, retornou a ter por referencia o padrão ouro, buscando uma paridade em relação ao dólar norte-americano, pertencente à maior potência do Ocidente no período (que, inclusive, organizava o Plano Marshal para reconstrução da Europa). Ressalta-se que a importância da moeda e seu atrelamento às políticas monetárias, comércio e fluxo financeiro permanece até hoje.

¹¹ CERQUEIRA (2007, p.205), esclarece o sistema monetário, que ao final o Acordo se criou, baseando-se, conforme relatado pelo autor, no princípio de que todas as paridades deviam ser fixadas em relação ao dólar americano, sendo que todas as moedas não podiam oscilar mais do que um por cento (1%) em relação a esta paridade. O segundo princípio afirmava que o dólar seria conversível em ouro com 35 dólares por uma onça de ouro e os bancos centrais nacionais poderiam manter assim reservas em dólar. Já o terceiro princípio baseava-se na ideia de que os bancos centrais estariam obrigados a honrar os pagamentos feitos a partir de suas reservas estabelecidas em dólar, ouro ou DES- Direitos Especiais de saque junto ao FMI, que era objeto do quarto princípio, que criou a entidade precípua de possibilitar o financiamento de um país com déficit transitório, com os excedentes dos depósitos (cotas) dos demais países e caso algum dos países quisesse revalorizar ou desvalorizar suas moedas,deveriam fazer mediante acordo com o Fundo.

Deste modo, as regras de Bretton Woods tiveram como escopo impor aos membros obrigações legais na hipótese de eles não adotarem as práticas necessárias à estabilidade do regime, ou então adotassem decisões contrárias a ela, conforme explica Lowenfeld (2003). Além disso, deveriam adaptar a legislação interna para adequar aos padrões fixados no acordo e não podiam opor o confronto com as leis internas para se escusar das obrigações assumidas.¹²

Destaca-se, outrossim, que essas regras criadas mantinham a estabilidade das relações financeiras e bancárias internacionais. No entanto, elas não demoraram para começar a ser abandonadas, em um cenário em que se via um redelineamento da geopolítica mundial, com a influencia direta, nos acordos, dos interesses norte-americanos. Ocorre que o elemento central da queda das regras de Bretton Woods foi a observação de uma grande transformação no modo de produção capitalista, cujas mudanças vieram a reconfigurar todas as tentativas de reorganização do sistema monetário e do arranjo financeiro internacional.

O funcionamento do sistema, creditado à grande cooperação dos países signatários (EINCHENGREEN, 1996, p.133), entrou então em ruína em 1971, influenciado principalmente por circunstâncias macroeconômicas¹³ que afetaram os Estados Unidos da América, levando-o à adoção de uma série de medidas unilaterais, sendo as principais: que o dólar não seria mais conversível em ouro; a aplicação de uma sobretaxa de 10% sobre importações. Em resposta, seguiu-se uma grande onda de medidas por parte das demais economias envolvidas nos Pactos de Bretton Woods, que iniciaram a flutuação de suas moedas e deixaram de comprar ou vender dólares com vistas a manter as paridades oficialmente estabelecidas.

Aproximou-se então, do declínio daquele objetivo integrado de estabilidade monetária e financeira inicialmente proposto pelos Acordos de Bretton Woods. Ao fim desse período, não por coincidência, situa-se o momento histórico em que se estabelece importantes consequências para a economia, política e sociedade mundial: a consolidação de uma transformação substancial no modo de

¹² O Artigo XXXI do Acordo de Bretton Woods determinava as provisões finais para sua entrada em vigor, que incluíam o depósito do instrumento assinado junto aos Estados Unidos, e impossibilidade opor a lei interna de cada país signatário para justificar o descumprimento da implementação de suas regras.

¹³ O dólar passou por uma crise gerada por déficits na balança de pagamentos dos Estados Unidos da América, que também tinha sua economia fragilizada pela Guerra do Vietnã e via a fuga de dólares para as eurodivisas em busca de segurança. Soma-se, a esse cenário, os choques do petróleo acontecidos nos anos de 1971 e 1974.

produção capitalista, que é onde o processo de globalização econômica e financeira está frequentemente localizado.

1.3.2 Do Novo Ciclo Capitalista de Liberalização e Integração dos Mercados à Globalização Financeira nas Últimas Décadas do Século XX

No início da década de 1970, grandes acontecimentos mudaram o cenário em que a economia internacional até então se estabelecia: diversos elementos como a redução de juros pelo governo Estados Unidos; a fuga de capitais para outros centros financeiros; o abandono dos padrões de estabilidade monetária estabelecidos em Bretton Woods; o grande aumento da inovação na teoria das finanças (originando instrumentos financeiros novos e cada vez mais complexos) acompanhada de uma guinada na tecnologia da informação e comunicação; proporcionaram o início de uma era seguinte à que ficou conhecida como os *30 anos dourados do capitalismo* (1948-1977)¹⁴, onde se iniciou o desenvolvimento *capitalismo financeirizado*, um dos marcos principais do processo de internacionalização e imbricação das economias e das finanças.

A transição do “padrão de acumulação fordista” para o “padrão de acumulação flexível” é passível de ser explicado ao se adotar um modelo comparativo em que se considera inicialmente o modo de produção capitalista organizado do período fordista-keynesiano, caracterizado pela: existência de um capital industrial, bancário e comercial concentrado e centralizado dentro de mercados nacionais regulados, com hierarquias gerenciais complexas, uma burocracia de classe média, surgindo negociações e organizações de classe que negociavam em âmbito nacional; uma correspondência entre os interesses do Estado e do grande capital monopolista; o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social com a participação dos interesses de classe diversos na agenda nacional; a concentração das relações capitalistas em um número pequenos de indústrias, sendo que as manufatureiras e extrativistas eram as principais geradoras de empregos (CERQUEIRA, 2007, p.374-375).

Já no modelo do capitalismo de acumulação flexível ou desorganizado, se vê um quadro de rápido aumento do poder das corporações, se

¹⁴ Segundo BRESSER-PEREIRA(2010, p. 54), anota-se que Stephen Marglin foi provavelmente o primeiro cientista social a utilizar a expressão “era dourada do capitalismo”.

desconcentrando dos mercados nacionais, a internacionalização do capital e a separação entre bancário e industrial; a expansão de setores gerenciais se organizando em discordância com as políticas de classe; declínio da classe operária; redução de eficácia das negociações coletivas nacionais; grandes monopólios ultrapassam a regulação estatal e a burocracia; o poder centralizador do Estado é desafiado; dispersam-se as relações capitalistas por múltiplos setores e regiões; as indústrias manufatureiras e extrativas sofrem declínio e prosperam as indústrias de organização e serviços. (loc. cit)

Portanto, nesse novo ciclo capitalista que teve seu auge no período, setores tradicionais do modo de produção anterior, centrado na indústria de produção de bens de capital, setor automobilístico, indústria química e tradicional de produção, agora deixaram lugar à prevalência de outras áreas da economia. Segundo Marques Neto (2002, p.106), esses setores, então vetoriais, são ofuscados pela crescente opulência do setor financeiro e bancário internacional, envolvendo também fundos mútuos e fundos de pensão, que passam a exercer um papel central para a economia mundial:

Do ponto de vista financeiro assistimos a uma circulação de capitais sem precedentes – circulação, esta, que se revela não só no advento de intrincados mecanismos de financiamento, como também na emergência de um certo virtualismo financeiro, representado pelas negociações especulativas não lastreadas em disponibilidade financeiras efetivas, mas que são possíveis dada a plena integração do sistemas financeiros em todo o mundo via telemática. Assim, o capital financeiro, que sempre fora apátrida, torna-se absolutamente desenraizado territorialmente e, destarte, praticamente incontrolável pelos mecanismos tradicionais disponíveis pelos diversos países integrantes do sistema financeiro internacional.

Saliente-se, nesse sentido, que a crescente mobilidade do capital bancário e financeiro, baseada na liberalização das contas de capital (remessa e recebimento de moedas), que era verificável ainda sob as regras rígidas de Bretton Woods, se acelerou com sua derrubada, e possibilitou forte integração entre os mercados financeiros internos e o internacional. Por outro lado, esses movimentos foram acompanhados de um fenômeno conhecido como desregulamentação financeira, segundo Michalet (apud CERQUEIRA, p.213) pode ser resumida em três conceitos básicos, descompartimentação, consistente em (1) *colocar “um fim à divisão internacional do trabalho entre os bancos comerciais e os bancos de*

investimento”; (2) titularização, que consiste na “*possibilidade oferecida às instituições financeiras de emitir, no mercado, títulos representativos dos créditos que elas detêm*” e na (3) desintermediação, que é “*substituição de uma economia de endividamento por uma economia de mercado financeiros*”.

Segundo Octavio Ianni (2001, p. 93), o antigo padrão produtivo que se estruturava na fragmentação e especialização da produção, foi substituído pela internacionalização do processo de produção e pela desterritorialização como processo inovador e surpreendente, reformulando estruturas de poder econômico, político-social e cultural internacionais, sem qualquer localização nítida em certa região ou Nação parecendo *flutuar sobre Estados e fronteiras, moedas e línguas, grupos, classes, movimentos sociais e partidos políticos*. É neste momento que surge a empresa transnacional, no lugar da empresa multinacional, e o capital industrial se iguala ao financeiro para se tornar disseminado e desterritorializado, sendo que este passa a ter predomínio cada vez maior nas relações econômicas internacionais, que deixa de ser limitada às tradicionais relações comerciais e à questão da estabilidade monetária. Agora bancos e demais instituições financeiras, cujo próprio capital de composição é transnacional, passam a trocar ativos financeiros sem necessariamente ter um lastro nas relações de comércio e produção industrial em nível internacional.

O processo teve seguimento nas últimas duas décadas do séc.XX, onde foi possível ver mudanças revolucionárias nas estruturas dos mercados financeiros mundiais e instituições(incluindo o bancário), assim como no entendimento de como usá-los para prover oportunidades de investimento e trabalhar com o risco. Dentro dos mercados financeiros e bancário em expansão, essas inovações se deram em razão de novos desenhos de securitização, dos avanços na tecnologia de informática e telecomunicações e avanços importantes na teoria das finanças. (MELTRON,1995, p.462).

Neste momento, insere-se no presente trabalho elemento chave e que não pode deixar de ser considerado, atualmente, em praticamente qualquer estudo que envolva as ciências sociais, econômicas e jurídicas, ou como prefere Giddens (2006, p.19), é palavra que pode não ser elegante ou atrativa, *mas absolutamente ninguém que pretenda progredir [...] pode ignorar*, que é o fenômeno que se convencionou chamar de “Globalização” (ou internacionalização, planetarização ou mundialização). Atualmente, como bem observa Santos (2005,

p.2), é possível considerá-lo um “senso comum”, ou ainda como um fato inacabado e um processo em marcha, que enfrenta obstáculos, sofre interrupções, mas generaliza-se e aprofunda como tendência, como já diagnosticava Ianni (1992, p.23) ainda no final do século XX, e deve-se ter em consideração, que em seus múltiplos e amplos aspectos, conforme Giddens (2006, p.22) :

[...] não é apenas uma coisa nova, é também algo de revolucionário. Porém, creio que nem os cépticos nem os radicais compreenderam inteiramente o que é a globalização ou quais são as suas implicações em relação às nossas vidas. Para ambos grupos trata-se, antes de tudo, de um fenômeno de natureza econômica. O que é um erro. A globalização é política, tecnolocial e cultural, além de econômica. Acima de tudo, tem sido influenciada pelo progresso nos sistemas de comunicação, registrado a partir do final da década de 1960.

Mostra-se então, como fenômeno “complexo e multifacetado, com implicações nas mais variadas áreas do conhecimento e nos mais diversos setores da vida social” (FARIA, 2002, p.7), e a principal relevância para o presente trabalho, é de como a integração dos mercados, a ascensão na circulação de bens tecnologias, serviços, capitais, culturas e informações em escala planetária, proporcionada pelo desenvolvimento tecnológico, expansão das comunicações e melhora dos meios de transportes acarretou na desconcentração, descentralização e fragmentação do poder.¹⁵

Neste vértice, o processo de transformação no modo de produção capitalista, de desregulamentação das finanças e da abertura e integração dos mercados financeiros com o fim dos sistemas de Bretton Woods, pode ser entendido como parte de um processo maior do fenômeno da tendência globalizante pelo qual passou a segunda metade do Século XX. Sem dúvidas, outrossim, é possível reconhecer a influência mútua e recíproca entre este processo de expansão e integração financeira com o grande fenômeno da globalização e os principais fatores para seu desenvolvimento ao longo do século passado.

Por conseguinte, sem se adentrar nas discussões teóricas atinentes ao tema para que não se perca o foco a ser desenvolvido, adota-se aqui referência

¹⁵ O foco deste capítulo, no entanto, por motivos metodológicos, será centrado em uma breve reflexão sobre a globalização econômica, e mais especificamente na financeira, conforme a releitura que trata da conformação do sistema financeiro internacional foi até aqui a trazida, sem desprezar a existência de outros elementos que uma análise mais ampla exige.

do que se entende pelo fenômeno da globalização econômica, a progressiva internacionalização dos mercados de bens, serviços e créditos, acompanhada de redução de tarifas de exportação, obstáculos aduaneiros e padronização e interconexão desterritorializada das operações mercantis. (OLIVEIRA JUNIOR, 2007 p.7).¹⁶

O virtualismo do setor financeiro e bancário, agora internacionalizado, é que vem caracterizando a globalização das relações econômicas, como Giddens já há tempos identificava, a maior mudança era alimentada pelo uso do *dinheiro eletrônico*, que definia como o dinheiro *que só existe como informação digital no disco dos computadores*, e na nova economia eletrônica global, gestores de fundos, bancos, empresas, sem esquecer milhões de investidores a título pessoal podem transferir grandes somas de capitais com o simples carregar num botão. E ao fazê-lo, podem desestabilizar economias que parecem sólidas como granito[...]. (GIDDENS 2006, p.21)

Não se mostra como exagero essa caracterização do autor quanto a esse ambiente globalizado das atividades financeiras transnacionais, já que na atualidade, as empresas de capital aberto, com ações organizadas em Bolsas, podem transferir seu capital por todos os países em que desejam, e devido ao grande porte estrutural e macroeconômico destas empresas, cujas operações influenciam diretamente na balança de pagamentos e políticas das economias nacionais, uma simples movimentação ou decisão sobre o capital bilionário de um complexo empresarial, pode desestabilizar a economia regional de um Estado. Saliente-se que é nesse contexto que se desenvolve uma releitura no papel do Estado na economia internacionalizada, e dos mecanismos de atuação sobre os específicos mercados financeiros, como é o caso das atividades das instituições bancárias que passam a atuar globalmente.

¹⁶ Assim, o processo de transformação na economia internacional, de liberalização econômica e de integração financeira, de forma mais contundente, desde a década de 80 no século XX, para os países então denominados do primeiro mundo, e à partir dos 90 para a América Latina, levou a assistir ao processo de derrubada de barreiras comerciais e liberalização do comércio exterior, mas não apenas no campo estreitamente mercantil, mas igualmente no movimento de recursos financeiros, transferência de tecnologias, investimentos e outros, e ao ganhar um número maior de nações, passou a ser denominada de globalização econômica ou financeira, de modo a significar que “os critérios de eficiência na produção, comercialização, nos investimentos, em toda a economia, enfim, são fixados em nível mundial e não mais nacional ou local.” (NUSDEO, p.333-334).

1.4 O IMPACTO DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA SOBRE O ESTADO E NOS MECANISMOS DE INTERVENÇÃO SOBRE OS MERCADOS FINANCEIROS

No presente momento, torna-se essencial a análise do impacto da globalização econômica sobre o Estado, sobre o direito produzido com base em sua estrutura e nos instrumentos de regulação da economia. Com efeito, neste capítulo, caberá analisar o impacto dessas transformações econômicas que se acentuaram a partir dos anos 70 do século XX sobre os poderes de regulação e intervenção do Estado sobre a economia internacional. Ressalta-se que essa abordagem será centrada no aspecto que mais interessa ao presente trabalho: a intervenção e regulação Estatal sobre o domínio econômico, no campo da regulação financeira e bancária.

Em primeiro lugar, cabe destacar o impacto da globalização sobre alguns fundamentos do Estado Moderno, que é a concepção de Soberania. Passa a ser necessário então enfrentar o tema proposto por Ferrajoli (2005, p. 109), ao explicar que a denominada “crise do Estado” decorrente da globalização é essencialmente uma crise da soberania estatal, que se manifesta na transferência de cotas crescentes de poderes e funções públicas, tradicionalmente reservada aos Estados, para fora de seus limites territoriais.

Vê-se que a análise da configuração, desenvolvimento e modificações da Soberania estatal, partindo-se do modelo de Estado moderno até o atual delineamento de Estado contemporâneo, envolve uma gama muito mais variada de proposições para se considerar, como o próprio desenvolvimento do Direito Internacional e das organizações internacionais. Entretanto, é certo que o impacto da globalização econômica foi crucial para transformar a soberania Estatal tradicionalmente concebida, passando a apresentar-se com uma grande limitação em seu aspecto de autodeterminação sobre a economia nacional, diante da internacionalização econômica e liberalização e integração dos mercados.

Além da Soberania, dois elementos sobre o qual se estruturava o Estado Moderno foram afetados: a) a intensificação da fragmentação social, com a emergência e a afirmação de novos grupos de interesses e b) a dissolução da dicotomia entre interesse público e privado. O Estado Moderno tinha como pressuposto um caráter de universalidade e homogeneidade da Sociedade, possibilitando a idéia de Nação e a representação de um centro decisório capaz de

expressar o interesse geral. Contudo, o desenvolvimento do sistema capitalista, e posteriormente, a acentuação do fenômeno da globalização, provocaram o surgimento de nuclearizações de interesses, ocorrendo um parcelamento da sociedade homogênea típica da Modernidade, uma fragmentação social, em que passam a surgir associações neocorporativas, pluralismos e movimentos sociais. (MARQUES NETO, 2002, p.115).¹⁷

De outro lado, a pulverização da linha distintiva entre interesse público (legitimador da atuação Estatal) e privado, que já vinha desde a Modernidade apresentando dificuldades de uma delimitação precisa, é outro vetor de transformação que sofre o Estado após evolução do processo de Globalização. Saliente-se que as atividades públicas e privadas passaram, de longa data a se interpenetrar, de tal modo que o Estado passava a utilizar técnicas jurídicas anteriormente exclusivas do Direito Privado, enquanto particulares agiam com maior frequência a partir de regras de direito público, em um intercâmbio de instrumentos jurídicos. (DALLARI, 2007, p.80).

Bobbio (1995, p.27), ao abordar essa dicotomia, não deixa de observar o seguinte fenômeno:

Os dois processos, de publicização do privado e de privatização do público, não são de fato incompatíveis, e realmente compenetraram-se um no outro. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos. O Estado pode ser corretamente representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõem, para novamente decompor-se e recompor-se, estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação moderna da tradicional figura do contrato social.

Neste vértice, o processo de internacionalização da econômica e globalização econômica também contribuiu para a destruição da barreira que tangenciava entre as concepções sobre o público e privado na medida em que

¹⁷ É com a crise do Estado Intervencionista e sua atuação para atender demandas sociais – circunstâncias a serem analisadas no próximo tópico – que MARQUES NETO (2002, p.17) demonstra a explosão de demandas sociais, mostrando-se uma pressão triplamente desafiadora para o Estado, agora incapaz de atendê-las pois elas se apresentam crescentes, em face do contínuo aumento das expectativas sociais, gradualmente mais complexas e contraditórias, e ainda apontam a impotência do Estado em respondê-las, seja por exiguidade de recursos ou inadequação de fluxos e procedimentos.

apresenta *novos espaços decisórios (supranacionais), nos quais atores privados – mormente as grandes corporações econômicas – tem um papel relevante, quando não predominante.* (MARQUES NETO, 2002, p. 138). Assim, mudanças representadas por processos que há tempos vinham afetando o Estado e sua estrutura, com o advento da aceleração da globalização (em todos seus aspectos)¹⁸ e da internacionalização econômica, passaram a “desafiar” o Estado em seus fundamentos: em sua soberania, no interesse público que legitima sua atuação, nas relações com o que se entendida por Sociedade, antes unitária, que passa a ser neste novo momento, complexa e fragmentada.

Todas essas circunstâncias inexoravelmente trouxeram uma outra consequência, já que na concepção tradicional de Estado, e principalmente de Estado Moderno, a produção jurídica estava centralizada em seu âmbito, conforme afirmava, por exemplo, os conceitos jurídicos tradicionais de Lourival Vilanova¹⁹. Essa concepção tradicional do direito centrado no Estado é também colocada em cheque, com o deslocamento de fontes normativas para além do Estado Nacional, com o surgimento de redes paralelas ou que vêm a interagir tanto em nível nacional como no regional ou internacional. Ao passar por diversos processos de transformação interna e externa decorrentes de valores globais:

o Estado-fonte de normas sofre o processo de descentralização de fontes; o Estado-esfera pública sofre a privatização e, sobretudo, no que nos interessa, o Estado-nação é ameaçado pela internacionalização do direito. Não apenas o Estado não é mais o único comandante do processo, mas os próprios conceitos de ordem, de espaço e de tempo normativo começaram a escapar-lhe, e os atores envolvidos não se perguntam se existe um responsável para guiar a evolução dos sistemas e, havendo, qual sua natureza jurídica. (VARELLA, 2011, p.29)

A consequência abordada nesse tópico é a referida por Luigi Ferrajoli em seus estudos (2005, p.117), ao apontar como principal efeito do declínio do poder Estatal no plano internacional, em consequência das transformações ocorridas no século XX, “um vazio de direito internacional público”, ou seja, a “falta

¹⁸ Uma exposição ampla da influência do fenômeno da globalização de forma multifacetada é trazida na obra “A Constelação Pós Nacional”, de Jürgen Habermas.

¹⁹ Para quem a conotação do termo Estado sofre variações, pois quando dirigido a sua origem e sua formação encontra-se a história do Estado e também a sociologia do Estado. E enquanto fenômeno jurídico “chega o Estado até onde chega o direito”, ressaltando com clareza ainda, com base nessas premissas, que a quantidade de Estado em uma sociedade se trata uma variável histórica e pode ser empregada como um critério para construir e conceituar “modelos” de Estado.

de regras, limites e vínculos para garantir a paz e os direitos humanos diante dos novos poderes transnacionais, tanto públicos quanto privados, que destronaram os velhos poderes estatais ou que perderam o seu papel de governo e de controle”.

Com efeito, o impacto da globalização econômico-financeira se deu sobre as atividades de intervenção do Estado, que no período do pós-guerra, estavam sendo desempenhados pelo modelo de Estado legitimado a intervir no âmbito econômico: o Estado intervencionista. Em determinado momento na segunda metade do séc.XX, observou-se que a internacionalização da economia e o capital político por ela transportado, transformaram o Estado em uma unidade de análise limitada, restringindo a intervenção no domínio econômico e retirando-lhe a possibilidade de execução de alguns de seus instrumentos tradicionais, como a regulação e a execução das políticas cambial, monetária e tributária (FARIA, 2011).

Na análise de Jurgen Habermas, percebe-se o descompasso, ou melhor, a quebra do nexo entre a estrutura produtiva e o nexo territorial nacional, onde o Estado encontrava suas bases, ao passo que com a internacionalização de mercados financeiros, de capitais e do trabalho (globalização econômica e financeira), o poder nacional passa ter limitada a margem de manobra que tinha a sua disposição ante aos imperativos que decorrem, agora, não mais das relações de comércio em nível mundial, mas de relações de produção articuladas globalmente:

Desde o princípio, o Estado nacional mostrou-se uma moldura demasiado apertada para assegurar adequadamente a política econômica keynesiana ante os imperativos do mercado mundial e das políticas de investimento das multinacionais. Porém, é no âmbito interno que os limites do poder e da capacidade de intervenção do Estado estão mais evidentes. Nesse ponto, o Estado social esbarra na resistência dos investidores privados, fato tão mais claro quanto mais exitosa a implementação de seus programas. Naturalmente há mais causas para a diminuição da rentabilidade das empresas, para a contração da disposição de investir e para a queda da taxa de crescimento. Mas as condições de valorização do capital são afetadas pelas políticas do Estado de bem-estar não apenas de fato, mas sobretudo na percepção subjetiva das empresas. (HABERMAS, 1987,p.107)

Diante da natureza multicêntrica desses recém formados mercados financeiros globalizados, em cujo espaço os capitais passam a ser marcados pela hipermobilidade e as instituições disseminam ativos de alta complexidade, associados à transferência de risco entre sujeitos situados nas mais variadas regiões

e continentes, os Estados Nacionais passam a agir com enorme lentidão nos campos jurídico e judicial constatando-se graves falhas operacionais no exercício de sua função reguladora da atividade econômica:

Por causa desse enfraquecimento, (a) os Estados Nacionais tem comprometida sua capacidade de coordenação macroeconômica, (b) perdem as condições materiais de estabelecer critérios políticos e dispositivos jurídicos aptos a permitir a superação da rigidez da lógica econômica na busca do bem estar coletivo, (c) revelam-se incapazes de impedir a transferência de parte de seu poder decisório para as áreas de influência do capital privado e dos grandes conglomerados empresariais; (d) enfrentam dificuldades para assegurar a eficácia de seus instrumentos de política industrial baseados na imposição de restrições aos fluxos de capitais e mercadorias e, por fim, (e) dispõe de poucas condições políticas e financeiras para administrar o custo social da transformação das relações entre o capital e o trabalho provocada pela substituição do antigo paradigma “fordista”, pelo novo paradigma da “especialização flexível da produção”. (FARIA, 2011, p.141).

Registre-se que essa aceleração na mobilidade de capital passa a dificultar a intervenção estatal nos ganhos e acúmulos desse capital financeiro, e a competição na concorrência entre os Estados por posições na economia global conduz à redução de seus ganhos fiscais, em razão da necessidade de redução de custos ao capital que busca ser aplicado na economia nacional, na forma de investimento. Em consequência, no dizer de Habermas, há uma redução drástica na utilização, por parte dos Estados, de instrumentos de controle sobre o capital financeiro (e um deslocamento para o consumo):

A palavra de ordem “Estado enxuto” não deriva tanto da crítica correta a uma administração letárgica que deve adquirir novas competências administrativas, mas, antes, da pressão fiscal que a globalização econômica exerceu sobre os recursos do Estado passíveis de taxaço. (Habermas, 1987, p.88)

De efeito, o esgotamento da operacionalidade e da eficácia desses mecanismos jurídicos convencionais dos Estados se manifesta especialmente nos instrumentos legais de regulação e controle da área econômica e financeira, que não acompanharam a forma veloz com que o mundo se globalizou e, ante a crescente diferenciação dos sistemas funcionalmente especializados que compõem os mercados bancário e financeiro, atuando de modo cada vez mais desterritorializado,

as Constituições, enquanto “leis da totalidade social” tendem a perder tanto a força normativa quanto à capacidade de absorver mudanças e inovações econômicas. (FARIA,2009, p.303,304)

Registre-se, ainda, que é criada uma situação paradoxal, pois segundo FARIA (2011, p.39):

quanto mais o Estado perde a capacidade de realizar a coordenação na formulação de novas estratégias de regulação, que passam a ser negociadas, definidas e ordenadas por entidades internacionais e organismos multilaterais, maior é a sua responsabilidade para com as consequências socioeconômicas locais. Em outras palavras, quando maior se mostra a “crise social” menor é a capacidade do Estado em dispor de fontes de investimento e de linha de financiamento para atender as demandas de segmentos sociais mais pobres; de formular estratégias compensatórias típicas do Estado social-democrata do pós-guerra, devido à resistência por parte de agentes econômicos à utilização de transferências fiscais e às crescentes restrições à capacidade de endividamento do setor público.

Na área bancária e de produtos financeiros, a constatação de Ferrajoli também se torna visível, na medida em que diminuiu, no período, a relevância das regulações das autoridades regulatórias nacionais (vinculadas ao Estado nacional) ganhando relevância, em âmbito internacional, várias instituições que tem por escopo a regulação e o estabelecimento de padrões para a atividade bancária e financeira internacionalizada.

Nota-se a ascensão de um direito transnacional que se torna desintegrado Direito Internacional Público clássico, caracterizado por FARIA (2009, p.56), como uma rede de sistemas privados de governança da atividade econômica, onde há a ploriferação de regimes normativos operantes em diferentes demarcações espaciais e funcionais. Ademais, a especialização funcional existente nos tempos atuais implica na formação de redes de cooperação informais entre autoridades governamentais e burocratas para cada setor específico da economia, cujos interesses e preferências são independentes que pertencem a grupos influentes mundialmente e, algumas vezes, até contraditórios com relação a seus representantes nacionais. Trata-se de uma governança corporativa transnacional, com base nas interações de sistemas de soft law. (SLAUGHTER, 2003, p.1057).

Diante de todas essas circunstâncias, é possível chegar à aproximação do conceito de Estado Contemporâneo que se pretende adotar para

análise a ser realizada no presente trabalho: inicialmente, que é centralizada na evolução que o conceito tradicional de Estado Moderno passou diante das transformações políticas e econômicas (ainda que não se tenha pretendido falar sobre sua totalidade); as releituras que a instituição do Estado Moderno passou ao longo do século: se tornando um Estado de Direito, Estado Liberal, posteriormente um Estado Social e Intervencionista (em resposta ao Estado Socialista); nesse mesmo aspecto, a evolução e consolidação do Estado Democrático; na seqüência, se utiliza como referência os aspectos da inserção do Estado e de seus poderes de intervenção no domínio econômico diante das transformações econômicas ocorridas no século XX; posteriormente, tomando-se como referência de notória importância, o impacto da globalização econômica, como processo que teve grande ascensão no final do século XX, sobre os poderes de intervenção do Estado Social e Intervencionista.

2 ATIVIDADE BANCÁRIA TRANSNACIONAL NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICO – FINANCEIRA

2.1 O DECLÍNIO DA REGULAÇÃO ESTATAL E A ASCENSÃO DA AUTORREGULAÇÃO FINANCEIRA

O avanço do fenômeno da globalização sobre os poderes de regulação macroeconômica do Estado nas relações econômicas internacionais, em razão dos diferentes fatores econômicos e políticos já apontados, fez com que a produção jurídica no campo dessas relações internacionais, anteriormente centralizada no Estado, fosse remodelada. Iniciou-se um processo em que a regulação direta das condutas econômicas gradativamente deixou de ser feita, limitando-se a atuação do Estado a uma perspectiva indireta, “estabelecendo procedimentos para negociações e acordos” e sendo comparadas “às normas e às softlaws utilizadas pelo Direito Internacional para assegurar a coexistência e a cooperação entre as nações”. (FARIA, 2011, p.154).

Há a expansão, dentro da esfera do Direito que regula relações internacionais econômicas, do conceito de pluralismo jurídico, que segundo FARIA (2002, p.155) encontra suas raízes no século XVIII, com a reação da escola histórica ao centralismo jurídico, que preconizava o Estado como única e exclusiva fonte do Direito. Esse conceito vem sendo reformulado a partir do século 20, quando a antropologia estendeu seus estudos para a sociedade primitiva e para os centros urbanos da sociedade industrial.

Sendo assim, pluralismo jurídico consistiria na situação em que “no âmbito de uma mesma esfera de jurisdição existiria mais de um corpo legisferante”, ou então, sob a vertente sociológica do funcionalismo sistêmico, se trataria da normatividade gerada por diferentes subsistemas organizacionais e funcionais especializados – econômico, científico, tecnológico, político- etc., das sociedades complexas (FRIEDMAN e TEUBNER, apud FARIA, 2002, p.155). Em outras palavras, tanto no campo da regulação financeira e da atividade bancária em nível internacional, quanto em todas as demais áreas, o Estado contemporâneo, ao sofrer as transformações advindas da globalização econômico-financeira a partir da década de 70, passa a compartilhar o então monopólio que detinha sobre a produção normativa, não somente outros Estados e Organizações Internacionais,

mas com uma série de outros atores, ainda que não fosse essa possibilidade inicialmente visualizada pelas teorias clássicas sobre o Estado e o Direito Internacional.

Caracteriza-se então o fenômeno da produção jurídica descentralizada, que cresce no âmbito internacional dentro das brechas que o Estado passa a deixar, ao ver sua capacidade de acompanhar, regular, supervisionar e impor verticalmente o direito produzido em seu âmbito (ainda que por meio de organismos internacionais, conjuntamente outros Estados) ser vilipendiada pelo avanço da internacionalização econômica, do processo de financeirização, do modo de produção capitalista, e da construção informal de uma grande rede policêntrica e multifacetada que passam a produzir suas próprias regras. Essa situação, vale dizer, representa um reflexo de como passaram se constituir as relações econômico-financeiras no modo de produção do capitalismo financeiro à partir da década de 70.

Como resultado desse vazio regulatório criado pelo Estado, a produção jurídica passar a tomar o caráter de horizontalidade ao invés da tradicional verticalidade (top-down), sendo que as organizações financeiras internacionais e as corporações transnacionais passam a formar “complexas redes de acordos formais e informais em escala mundial” (FARIA, 2002, p.155). Essas organizações econômicas passam a fixar suas próprias regras (autorregulação), seus procedimentos de autocomposição, sua cultura normativa e, inclusive, seus próprios critérios de legitimação. De igual modo, definem sua própria identidade e regulam suas próprias operações, sendo que o “que se tem na prática é uma inequívoca situação de pluralismo jurídico; pluralismo esse aqui encarado na perspectiva da sobreposição, articulação, intersecção e interpenetração de vários espaços jurídicos misturados” (FARIA, 2002, p.155)

Desenvolveu-se, nesse sentido, uma série proposições teóricas de grande relevância, como a diluição global dessa Lex Mercatoria feita por grandes corporações, a expansão de uma rede interestatal da proteção aos direitos humanos, a consolidação do pluralismo legal sobre a globalização da produção e das novas tecnologias de comunicação, e a exportação de um programa de formas de leis e do Judiciário (SANTOS, 2005, p.2). Neste vértice, uma vasta literatura se desenvolveu nos últimos anos que teoriza e faz estudos empíricos de como as novas formas de conduzir não só a economia, mas as também as relações sociais e

políticas globalizadas, residem na colaboração realizada entre atores não estatais (empresas, organizações civis, organizações não governamentais, sindicatos, etc...), substituindo a regulação “top down” realizada pelo Estado. Esses estudos tomam diferentes linhas teóricas, com diferentes denominações, como a da “regulação responsável”, “Direito pós regulatório”, a utilização das “soft law”, experimentalismo democrático, governança colaborativa, regulação “por diferentes fontes”, ou simplesmente governança. (SANTOS,2005.)²⁰

Essas novas teorias sociais apontam que a solução para os problemas regulatórios transnacionais não estariam no mercado (que segue a lógica da eficiência da troca), nem tampouco no Estado (que seguem a lógica do comando), mas em uma nova forma de organização: redes colaborativas envolvendo empresas e associações, seguindo uma lógica reflexiva (FARIA, 2001) que incentiva o contínuo diálogo e inovação na resolução dos dilemas regulatórios insolvíveis pelas vias tradicionais de regulação. São exemplos deste modelo, a regulação ambiental descentralizada e os códigos corporativos de conduta para regular condições de trabalho em empresas transnacionais. (SANTOS, 2005).

De modo específico no setor bancário e nas atividades bancárias transnacionais, segundo Black e Rouch (2008, p.22), a fragmentação no regime regulatório das relações econômicas transnacionais criou espaços não regulados, que deram origem à regulação por meio da atividade de governança corporativa. Assim, um crescente complexo de interações entre os Estados nacionais e os corpos internacionais, que resultou em uma série de relações que podem ser entendidas com um sistema global de governança.

Nesse sentido, destaca-se a construção conceitual de CASSESSE (2006, p.670), de acordo com a qual a governança global indica a atividade de governar na ausência de uma instituição (no caso, o Estado ou Organização Internacional), e implica em dizer que os mercados são capazes de atuar como criadores de regras na arena normativa em que estão inseridos. Registre-se, nesse ponto, a notável diferença para com o modelo até então proposto pelos acordos de Bretton Woods, onde a atividades bancárias transnacionais eram reguladas em

²⁰ Nesse sentido, destaca-se a citação original do autor: “The variety of labels under which social scientists and legal scholars have pursued this approach is indicative of both its ascendancy and its diversity: "responsive regulation" (Ayres and Braithwaite 1992), "post regulatory law" (Teubner 1986), "soft law" (Snyder 1994; Trubek and Mosher 2003), "democratic experimentalism" (Dorf and Sabel 1998; Unger 1998), "collaborative governance" (Freeman 1997), "outsourced deregulation" (O'Rourke 2003), or simply "governance" (MacNeil, Sargent, and Swan 2000; Nye and Donahue 2000).”

arranjo macroeconômico dos Estados participantes (juntamente com os demais fluxos financeiros, monetários e cambiais), se baseavam nas rígidas estruturas dos Tratados internacionais, cujas normas apresentavam força vinculante (cogente) e deveriam incorporadas aos ordenamentos jurídicos dos países signatários.

De efeito, constata-se também que sob o ponto de vista jurídico, a regulação e supervisão bancária transnacional deixou de ser pauta dos tratados internacionais cogentes e passou a ser objeto das *softnorms* e de regulações autônomas do setor, como é o caso do Acordo de Basiléia. De acordo com MENEZES (2003, p. 76), entre os possíveis conceitos de *softlaw*, é possível sintetizá-lo como:

Documentos solenes derivados de foros internacionais, que tem fundamento o princípio da boa-fé, com conteúdo variável e não obrigatórios, que não vinculam seus signatários a sua observância, mas que por seu caráter e importância para o ordenamento da sociedade global, por refletirem princípios e concepções éticas e ideais, acabam por produzir repercussões no campo do direito internacional.

É certo, nos termos do que dispõe ALEXANDER; DHUMALE; EATWELL (2006, p. 157), que a construção de normas de direito internacional envolve várias formas e níveis de padrões de *soft law* não legalmente vinculantes, entendidos como respostas racionais à incerteza que envolve as negociações de acordos entre Estados que não querem vincular sua liberdade de ação ante a circunstâncias futuras imprevisíveis. No direito doméstico, as partes que negociam um contrato enfrentam situação semelhante, que eventualmente as levam a aceitar cláusulas não vinculantes. Ademais, custos de transação crescem diante de inúmeros fatores, destacando-se, dentre eles: a complexidade da matéria negociada, os aspectos técnicos da negociação e a coordenação entre as partes envolvidas, que implicam na dificuldade dos Estados e demais partes em negociação concordar com acordos e tratados internacionais vinculantes.

Entretanto, no campo das finanças e da atividade financeira bancária transnacional, esse regime de governança em que participam os Estados e os próprios mercados financeiros apresenta uma característica peculiar, que está diretamente ligada à leitura do declínio dos poderes de intervenção do Estado sobre esses setores. Resta claro que o impacto da globalização econômica sobre a forma

como os Estados tradicionalmente vinham realizando as supervisão e regulação dos mercados financeiros (sob a estrutura criada a partir dos Acordos de Bretton Woods), passou a centralizar o papel de regulação dessas atividades financeiras internacionais a um modelo de autorregulação pelo mercado.

No período do novo ciclo capitalista de liberalização e integração de mercados financeiros, que se iniciou a partir dos anos 70, verifica-se o desenvolvimento da idéia do “paradigma do mercado eficiente”, que se tornou popular nos anos seguintes, e era a base teórica para justificar a autorregulação dos mercados financeiros. As proposições do paradigma do mercado eficiente (efficient markets paradigm) se concentram na idéia de que: a) os mercados realocam os recursos em direção ao projetos de investimentos mais proeminentes, maximizando a riqueza; b) O preço de ativos financeiros refletem a realidade do mercado, e como resultado, bolhas e quebras não ocorrem; c) como consequência, os mercados tem a capacidade de se autorregular. (DEGRAWE,2009, p.19).

Saliente-se que a proposição de que os mercados financeiros e bancário podiam se autorregular perfeitamente foi utilizado como fundamento para justificar a não intervenção dos Bancos Centrais nacionais nos mercados financeiros (Greenspan, 2007), ainda que diante de evidencias empíricas de que bolhas financeiras estavam em formação²¹, também serviram de justificativa de teórica para um processo de desregulação das normas produzidas pelas entidades reguladoras. Esse processo de desregulamentação ou desregulação²² foi progressivamente se espalhando pelos principais centros financeiros mundiais (Estados Unidos da América e Europa), e tem como principal marca, a revogação do Glass Steagal Act no ano de 1999, que consistia na legislação nacional norte americana que estabelecia rígidas barreiras para bancos comerciais se envolverem com negócios de risco praticados pelos bancos de investimentos (como por exemplo participar de holdings financeiras, e nos mercados de derivativos e complexos produtos de estrutura de crédito). Nesse sentido:

²¹ Sobre o tema, ressalta-se o celebre artigo de Roubini sobre esse fenômeno econômico durante a crise de 2008., “Why Central Banks Should Burst Bubbles”.

²² Segundo Andrade (2005, p. 29-30), as recomendações propostas pelo “Consenso de Washington” abrangem diversas áreas como a: “*Desregulação*. A regulação excessiva deve promover a corrupção e a discriminação contra empresas menores com pouco acesso aos maiores escalões da burocracia. Os governos precisam desregular a economia”.

A base legal interna para construção do novo modelo parte da Reforma Bancária e Financeira de Roosevelt expressada pelo *Glass-Steagall Act*. Além disso, como outro elemento importante, cito os atos de 1980/82 que eliminaram alguns aspectos do *Glass-Steagall*. Em 1984 foi elaborado pelo Tesouro americano um relatório importante sobre propostas de mudanças na regulação do Sistema Financeiro com o objetivo de incorporar as inovações financeiras que estavam ocorrendo no mercado americano. Em 1991 um novo relatório foi apresentado, tendo como base o relatório anterior, ressaltando a necessidade de alteração da regulamentação vigente em decorrência das profundas alterações ocorridas no Mercado Financeiro dos EUA. Esse último relatório serviu de base para a revogação total do *Glass-Steagall Act*, em 1998. (MATTOS FILHO, LIMA, 2009, p.8)

Neste ponto, destaca-se o que explica Beluzzo (2009, p.21)

Depois do crash de 1929, o Glass-Steagal Act proibiu o envolvimento direto dos bancos de depósitos em operações nos mercados de capitais e nos mercados imobiliários. Nos últimos 30 anos, a desregulamentação e a liberalização da finança quebraram as barreiras impostas pelas reformas dos anos 30 do século passado. Nessa toada, em 1999 o Gramm-Leach-Bliley Act criou as holdings financeiras. essa medida abriu caminho para a securitização dos créditos e para a criação dos SIVs (Special Investment Vehicles). Criaturas recentes da febre de inovações financeiras, os SIVs cumprem função importante na estratégia dos bancos e de “originar e distribuir”, ao abrir espaço para novos empréstimos. Os bancos que originam os créditos estão interessados no volume e na captura das comissões, e não na qualidade. Os SIVS emitem asset backed commercial papers para financiar posições em CdOs -Collateral Debt Obligations. Arrecadam odiferencial entre as taxas do mercado monetário e os rendimentos das hipotecas securitizadas.

Assim, o paradigma do mercado eficiente forneceu o substrato intelectual para uma tendência que se revelou como uma medida de política econômica: promover o processo desregulamentação dos mercados financeiros em geral e do setor bancário em particular, que em outras palavras, consistia em diminuir o aparelho de regulação e supervisão das agencias estatais e promover modificações legislativas para extinguir regras rígidas quanto as atividades e relações financeiras que se multiplicavam, desterritorializavam dentro desse espaço hipercomplexo.

Outro fator a ser analisado consiste na intensa inovação que é observada no âmbito dos mercados bancários e financeiros, já que ao mesmo tempo que os mercados financeiros experimentam inovações, que permitem o desenho

uma gama infinita de produtos financeiros²³, registre-se que, em muitos casos, o impulso que a teoria do paradigma dos mercados financeiros eficientes deu ao processo de desregulamentação foi evidenciado justamente na política de não exercer a regulação, não disciplinando ou criando regras e normas para as novas relações jurídicas hipercomplexas que se definiam no âmbito desses mercados em razão da inovação. (BRESSER-PEREIRA, 2010; MATTOS FILHO; LIMA, 2009).

Deste modo, por meio do paradigma do mercado eficiente, a gestão dos riscos inerente a este ramo das atividades econômicas foi baseada na idéia de que a securitização e o desenvolvimento de complexos produtos financeiros iria levar a uma melhor distribuição do risco sobre mais agentes do mercado, reduzindo o risco sistêmico e tornando desnecessária a atividade regulatória do Estado(DE GRAWE, 2009, p.2). Destaca-se, nesse sentido:

Criou-se, assim, um clima de repulsa à regulação, argüindo-se, no lugar desta, as virtudes e a eficiência do que, astutamente, denominou-se de auto-regulação, mas, em verdade, pode ser descrito quase como um mercado livre – o anátema do capitalismo moderno (ao contrário do livre mercado, este devidamente regulado, na forma da Lei) porque sempre leva ao abuso do poder econômico e a uma inevitável crise no mercado em causa. Finalmente, havia uma clara separação entre bancos comerciais e corretoras de investimento; estabelecida pelo já citado *Glass-Steagall Act*. (MATTOS FILHO, LIMA, 2009, p.112)

Entretanto, essa postura regulatória não passa a ser questionada em razão da incapacidade que o mercado financeiro demonstrou de manter o paradigma do mercado eficiente e, em consequência, sustentar sua política de desregulamentação e a possibilidade de se autorregular sem a intervenção do poder público (DEGRAWE 2009, p.19,20), sem que evitasse quebras sistêmicas decorrentes de crises bancárias. Depois de apresentar esse contexto teórico econômico e jurídico em que a regulação e supervisão das atividades financeiras se encontravam enquanto as atividades bancárias transnacionais se desenvolveram, inicia-se a delimitação dessas atividades como objeto de estudo do presente trabalho.

²³ Infere-se, assim, que a constante inovação no mercado de derivativos busca, além da eficiência financeira, estar sempre um passo a frente da autoridade reguladora. Dessa maneira, destaca-se que “as inovações financeiras surgem para atender às mais distintas necessidades. [...] [Dentre elas] o desejo de fugir à atividade regulatória estatal ou à tributação [...]” (YAZBEK, 2007, p. 64)

2.2 DELIMITAÇÃO DO OBJETO: A ATIVIDADE BANCÁRIA TRANSNACIONAL NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Não há dúvidas de que a função dos Bancos é uma das mais importantes para a economia de mercado. Segundo a explanação apresentada por Neiva (2008, p.69), a atividade bancária básica consiste no recebimento de depósitos, por parte da instituição bancária, dos agentes poupadores (superavitários), com prazos diferentes de operação, repassando esses recursos a agentes deficitários, mediante a remuneração com o pagamento de juros. A primeira parte da operação consiste no passivo da instituição, e a segunda compõe a carteira de ativos. Note-se que por meio dessa idéia básica, o dinheiro depositado nominalmente em um banco não está disponível a todo o tempo, em moeda corrente, para o credor da instituição.

Importante trazer também a distinção de MONCADA (2007, p.309) que divide o sistema bancário em dois grandes grupos de instituições: o setor bancário propriamente dito, que é o capaz de conceder crédito, e o setor não bancário, cujos integrantes servem de intermediários em operações financeiras. Destaca, ainda, a relevância do setor não bancário, na dinâmica do sistema bancário nacional e internacional, uma vez que concentram expressivas quantias de moeda, cuja aplicação nos diferentes investimentos, em diversos países, influencia a determinação do valor de ativos e, até, de taxas de câmbio.²⁴

Krugman (2007, p.475) distingue os Bancos Comerciais, em que o passivo consiste em depósitos por vários prazos e aos ativos em empréstimos (para empresas e governos), depósitos em outros bancos (depósitos interbancários) e títulos, dos Bancos de Investimento, que se especializam em operações de lançamento de ações e títulos de empresas e governos. Segundo o autor, as instituições bancárias que operam internacionalmente estão no centro do mercado internacional de capitais (intermediando a venda de títulos e ações de empresas em bolsas). A título exemplificativo, destaca-se a divisão das instituições bancárias no direito brasileiro, de acordo com o Banco Central do Brasil:

²⁴ Por intermédio da atividade de intermediação praticada pelas instituições do setor bancário é possível expandir a base monetária de uma economia nacional, aumentando quantitativamente, assim, os meios de pagamento. Dentro de uma economia nacional, os meios de pagamento se desdobram em dois componentes, segundo MACHADO (1995, p.51): papel-moeda em poder do público (inclusive moeda metálica), também conhecido moeda manual ou moeda corrente: e (ii) depósitos à vista nos bancos: a moeda bancária ou moeda escritural.

No arranjo do sistema financeiro, as principais instituições estão constituídas sob a forma de banco múltiplo (banco universal), que oferece ampla gama de serviços bancários. Outras instituições apresentam certo grau de especialização, conforme exemplos a seguir: - bancos comerciais, que captam principalmente depósitos à vista e depósitos de poupança e são tradicionais fornecedores de crédito para as pessoas físicas e jurídicas, especialmente capital de giro no caso das empresas; bancos de investimento, que captam depósitos a prazo e são especializados em operações financeiras de médio e longo prazo; caixas econômicas, que também captam depósitos à vista e depósitos de poupança e atuam mais fortemente no crédito habitacional; bancos cooperativos e cooperativas de crédito, voltados para a concessão de crédito e prestação de serviços bancários aos cooperados, quase sempre produtores rurais; sociedades de crédito imobiliário e associações de poupança e empréstimo, também voltadas para o crédito habitacional; sociedades de crédito e financiamento, direcionadas para o crédito ao consumidor; e empresas corretoras e distribuidoras, com atuação centrada nos mercados de câmbio, títulos públicos e privados, valores mobiliários, mercadorias e futuros.

Por outro lado, frise-se que a atividade bancária é importante para sistema de pagamentos de um país. O sistema de pagamentos é uma rede operacional composta de regras, leis e padrões que concentram contas bancárias e sistemas de registros de pagamentos e proporcionam a funcionalidade para trocas monetárias usando depósitos bancários:

O sistema de pagamentos é o ambiente institucional em que são executadas as transações interbancárias, consiste no aparato por meio do qual os agentes se liberam das obrigações assumidas em decorrência de uma atividade econômica através da transferência de valores monetários (SUMMERS, 1991, p. 31). São compensadas as posições de cada banco e, ao final, efetuadas as transferências reais de recursos entre as instituições. Caso uma delas não consiga cumprir suas obrigações, isso irá interferir na capacidade de pagamento dos outros bancos com quem tenha dívidas. (NEIVA, 2008, p.70)

Dentro do âmbito da regulação de cada sistema financeiro nacional, os bancos centrais exercem o papel de supervisão dos bancos que o compõe, com objetivo de impedir que a inadimplência de um banco possa gerar efeitos negativos sobre todo o sistema, que é altamente interligado. Além disso, exerce o papel de prestador de última instância. Na verdade, por meio da atividade de supervisão, o banco central ou outra autoridade que administra do sistema e fiscaliza a conduta de

cada instituição financeira, zelando para que não se crie um *default* que venha a afetar a liquidez do sistema bancário:

Na literatura sobre a história dos Bancos Centrais, aponta-se que a origem e a razão maior da existência dessas instituições foram as recorrentes crises bancárias. A função maior que define os Bancos Centrais é a de ser o banco dos bancos ou o emprestador de última instância (*lender of last resort*). A essa função está associado o risco moral (*moral hazard*), ou seja, a garantia oferecida pelos Bancos Centrais de socorrer bancos em dificuldade pode servir de incentivo a comportamentos arriscados e mesmo irresponsáveis, geradores de crises, por parte dos bancos privados, uma vez que se sentem protegidos pelo socorro de última instância dos Bancos Centrais. Para coibir tais práticas e impedir que os Bancos Centrais sejam forçados a intervir como emprestadores de último recurso, os mesmos passaram a regular e a supervisionar as ações dos bancos privados. (CORAZZA, Gentil. P.86)

Goodhart (1988) discute essa importância dos Bancos Centrais, justificada como essencial para o bom funcionamento do sistema bancário, principalmente no exercício da função de emprestador de última instância, sendo o “banco dos bancos” dentro de um sistema:

As assimetrias de informação entre o depositante e o banco, juntamente com a possibilidade de corridas bancárias contagiosas, permitem concluir sobre a necessidade de controle e supervisão. Para o alcance disto, poderia se estabelecer um clube dos bancos, e o Banco Central poderia ser o árbitro independente e dirigente deste clube (tradução nossa). (GOODHART, 1988, p. 85):

Já nas atividades bancárias internacionais, onde atuação dos bancos também envolve atuação na intermediação bancária nos sistemas de pagamentos do comércio internacional (KRUGMAN, 2007 p.472), não se observa essa mesma estrutura de centralização de toda liquidez do sistema em uma espécie de Banco Central Mundial (ressalta-se que o BIS exerce essa função em relação somente a alguns Bancos Centrais). Neste ponto, antecipa-se a referência ao Acordo da Basileia, que será adiante melhor estudado, já que este documento internacional define a atividade objeto de abordagem no presente trabalho, ao trazer um conceito amplo das atividades que sua aplicação tem por escopo, caracterizando a atividade bancária transnacional como aquela praticada por bancos e grupos bancários internacionalmente ativos:

20. O Acordo será aplicado em uma base consolidada para bancos internacionalmente ativos.

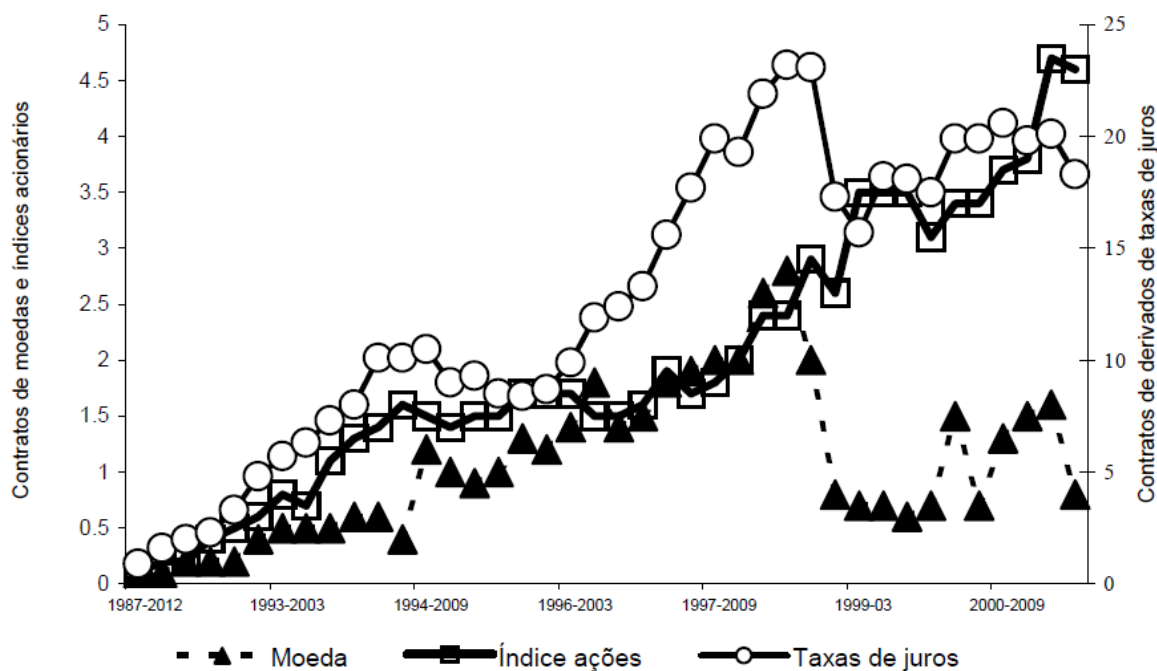
[...]

21. A foco de aplicação do Acordo incluirá, em uma base consolidada, qualquer companhia de holding que é a entidade parente com um grupo bancário para ter certeza que ela captura o risco de todo o grupo bancário. Grupos Bancários são grupos que atuam predominantemente em atividades bancarias e, em alguns países, um grupo bancário pode ser registrado como um banco.

22. O acordo também será aplicado para todos os bancos internacionalmente ativos em qualquer dos pilares com um grupo bancário, em uma base totalmente consolidada. [...] (BASEL, 2006).

Noutro vértice, foi amplamente abordado no capítulo anterior que principalmente a partir da década de 70, dentro do fenômeno da internacionalização econômica e globalização financeira, desenvolveram-se diversos mecanismos que possibilitaram a mobilidade no fluxo do dinheiro, lastreados em títulos de depósitos em moeda estrangeira e o mercado de derivativos, o que implicou na gradativa redução das barreiras nacionais ao fluxo de capitais. No quadro abaixo, é possível acompanhar o crescimento no número de derivativos no período sob análise.

Quadro 1 - Contratos Derivativos Comercializados em Mercados Organizados (Milhões de Contratos)



Fonte: CEPAL (2002, p.60)

Desenvolveu-se paralelamente a essa explosão nos contratos derivativos um processo amplo e generalizado de desintermediação bancária e “institucionalização da poupança”, acompanhado do aparecimento de intermediários financeiros não bancários, que realizavam a atividade bancária que tipicamente deveria ser executada somente pelos bancos. Como exemplo, destaca-se instituições financeiras como fundos mútuos e de pensões, bancos de investimentos e companhias de seguros

Esta concorrência abalou o predomínio que os bancos mantiveram na intermediação financeira internacional nas décadas de 1960 e 1970 e obrigou, por sua vez, as instituições bancárias tradicionais a se transformarem em conglomerados que proporcionam um conjunto cada vez mais amplo de serviços financeiros. Em consequência, a linha que separava as funções bancárias e não bancárias se tornou cada vez mais tênue. A desregulamentação das atividades dos intermediários não bancários nos anos 1980 e a eliminação dos controles de capitais nos países desenvolvidos facilitaram seu rápido crescimento e crescente participação nos mercados financeiros internacionais. Isto implicou, além disso, uma ampliação significativa dos mercados secundários dos títulos de dívida. Nestes mercados, como nas bolsas de valores, a maior participação de investidores institucionais e de muitos agentes individuais facilitou o processo de valorização que gerou um círculo virtuoso e permitiu o desenvolvimento de novas fontes de financiamento por um período relativamente prolongado, que se interrompeu com a crise internacional iniciada em 2000. (CEPAL, 2002, p. 59)

Registre-se que para as economias avançadas, essas novas tendências no cenário internacional apresentaram efeitos positivos, já que houve a expansão significativa de novas oportunidades de financiamento para empresas produtivas, que beneficiaram tanto empresas de alta tecnologia como aquelas de tamanho médio. Entretanto, tiveram também efeitos negativos, como o aumento da fragilidade financeira, e a possibilidade dessas atividades bancárias, exercidas por instituições não bancárias, ou por instituições bancárias como controladoras nos mercados financeiros não bancários, fugirem aos mecanismos de regulamentação das atividades bancárias clássicas. Na verdade, “as atividades de maior risco e com maiores níveis de alavancagem, associadas aos mercados de derivados, permanecem essencialmente fora das estruturas normativas vigentes, sem que existam propostas para envolvê-las”. (CEPAL, p.60).

Em nível mundial, a realização das atividades tipicamente bancárias por instituições não bancárias passaram a formar o que se denomina de sistema

bancário paralelo ou “shadow banking system”, em decorrência do surgimento dos processos de crescimento dos derivativos financeiros e do processo de desregulamentação das relações financeiras. Essa prática surgiu principalmente nos Estados Unidos e na Europa com um arcabouço de instituições financeiras e pessoas jurídicas legalmente constituídas cuja atividade e seus alcances muitas vezes sequer eram compreendidos por seus órgãos reguladores. De acordo com o Livro Verde da Comissão Europeia (2012), tratam-se alguns exemplos de entidades e atividades bancárias consideradas “paralelas”:

- fundos do mercado monetário (*Money Market Funds - MMF*) e outros tipos de fundos de investimento ou produtos com características de depósito;
- fundos de investimento que disponibilizam crédito ou alavancagem, incluindo fundos especulativos (*hedge funds*);
- sociedades financeiras e entidades do setor mobiliário que concedem créditos ou prestam garantias de crédito;
- empresas de seguros e de resseguros que emitem ou garantem produtos de crédito;
- operações de titularização e acordos de empréstimo e de recompra de valores mobiliários. (Comissão Europeia, 2012)

Essas entidades financeiras passaram, com o tempo, a desenvolver entre as suas opacas atividades de engenharia financeira, atividades típicas das instituições bancárias, sem, contudo, estar submetida às normas regulatórias e de supervisão dos Estados e das instituições internacionais responsáveis pela regulação e supervisão bancária. Deste modo, constata-se que operam com grande alavancagem e com ativos especulativos. Além disso, essas entidades não possuem mecanismos de salvaguarda típico dos bancos, como reserva de capital obrigatório, acesso a seguro de depósitos, operações de redesconto e linhas de empréstimo de última instância pelos Bancos Centrais:

Esses agentes formaram o chamado global shadow banking system (“sistema bancário global na sombra” ou paralelo). Um conjunto de instituições que funcionava como banco, sem sê-lo, captando recursos no curto prazo, operando altamente alavancadas e investindo em ativos de longo prazo e ilíquidos. Mas, diferentemente dos bancos, eram displicentemente reguladas e supervisionadas,

sem reservas de capital, sem acesso aos seguros de depósitos, às operações de redesconto e às linhas de empréstimos de última instância dos bancos centrais. Dessa forma, eram muito vulneráveis, seja a uma corrida dos investidores (saque dos recursos ou desconfiança dos aplicadores nos mercados de curto prazo), seja a desequilíbrios patrimoniais (desvalorização dos ativos em face dos passivos). (CINTRA, FAHRI, 2008)

Percebe-se então a regulação da atividade bancária, ao ser transportadas a nível transnacional, demonstra um déficit regulador muito importante de ser analisado, sendo certo que o declínio dos poderes de intervenção no domínio econômico do Estado Nacional, que passaram a dar lugar para regimes de autorregulação financeira no setor bancário, e contribuíram substancialmente para criar um ambiente que escapa a qualquer tipo de regulação e supervisão por parte de uma autoridade reguladora.

Em razão dessas circunstâncias, se observa que a necessidade de supervisão bancária toma dimensões globais, ao passo que em que as instituições bancárias, grandes conglomerados bancários, e as atividades exercidas por essas instituições no que se denominada de sistema bancário paralelo, além de realizarem operações internacionais, localizam-se fisicamente fora das fronteiras políticas do país de origem, através da abertura de filiais no exterior. Além disso, as operações interbancárias e os mercados financeiros em que operam interconectados com os centros financeiros mundiais revelam o caráter transnacional e multicêntrico dessas atividades bancárias, que passam a exigir do arcabouço regulatório e de supervisão que também se estruture no plano internacional.

2.3 INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS RESPONSÁVEIS PELA REGULAÇÃO E SUPERVISÃO DA ATIVIDADE BANCÁRIA TRANSNACIONAL

Destaca-se, nesse momento, um breve desenho desse cenário regulatório para as atividades bancárias em nível internacional com o objetivo de fornecer completo substrato às discussões a serem feitas no próximo capítulo. Frise-se, inicialmente, que além das autoridades regulatórias nacionais do setor bancário e financeiro em âmbito nacional (vinculadas ao Estado nacional – como os Bancos Centrais e as Autoridades Monetárias), em âmbito internacional existem várias

instituições que tem por escopo a regulação e o estabelecimento de padrões para a atividade bancária internacionalizada, ainda que de forma indireta ou complementar.

Dos acordos de Bretton Woods abordados anteriormente surgiram três instituições que, ainda que não tenham por objetivo precípua a regulação e supervisão financeira, tiveram e tem importância na composição do cenário econômico internacional. A primeira delas é o *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)*, que deu origem à atual Organização Mundial do Comércio (OMC), responsáveis por um subsistema regulatório das relações comerciais internacionais e com órgão específicos para solucionar demandas do comércio internacional.

Cerqueira (2007,p.390), estabelece que o processo internacionalização econômica desenvolveu no âmbito do GATT mudanças institucionais, deixando de ser um encontro pontual para reduzir barreiras tarifárias destinado a tornar uma organização com filosofia própria e princípios básicos aplicáveis internacionalmente, rumo a formação e consolidação organismo internacional permanente (futura Organização Mundial do Comércio). Assim, a Organização Mundial do Comércio foi criada pelo acordo multilateral de comércio celebrado em Marraqueche, em 15 de abril de 1994, ao final da Rodada do Uruguai. Possui em acordo concluído em 1997, no artigo XXIX do GATS que trata dos Anexos relativos a determinados tipos de serviços, regras com a previsão de submissão de certas atividades bancárias e financeiras às regras da OMC (Anexo sobre de transporte aéreo, transporte marítimo e telecomunicações e serviços financeiros).

Já o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), também conhecido como Banco Mundial, tem como enfoque o financiamento a longo prazo de projetos específicos dos Estados Membros do Fundo Monetário Internacional, geralmente projetos estruturais, sendo que os financiamentos concedidos são reembolsáveis e destinados a projetos específicos que se revelem produtivos(BANCO MUNDIAL, 2013). A natureza e os fins a que foi criado revela que não possui grande influência no âmbito de regulação e supervisão financeira.

O Fundo Monetário Internacional surgiu inicialmente com base nas discussões feitas em Bretton Woods, derivadas das teorias propostas por Keynes e White, que refletiam a concordância dos Estados quanto a alguns princípios desses planos (DAL RI JUNIOR 2004, p. 130), como necessidade de existir uma

cooperação monetária, rejeição ao bilateralismo e busca de um controle dos movimentos de capitais internacionais.²⁵

Entre seus objetivos originais, constantes no artigo primeiro de seu ato constitutivo, consta a promoção de cooperação monetária internacional, crescimento harmonioso do comércio internacional, melhora da estabilidade dos câmbios, estabelecimento de um sistema multilateral de pagamentos, ajuda a Estados membros com dificuldades em suas balanças comerciais e diminuição da duração destes desequilíbrios. (FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, 2012)²⁶ A adesão ao fundo era aberta a qualquer Estado que “controlava suas própria política externa” e estava preparado para preencher as obrigações de afiliação contida nos artigos de adesão do Fundo, sendo que o crescimento de afiliação foi constante desde que o FMI foi fundado. (FMI, 1985,p.13)

Assim, o fundo foi provido como recursos financeiros necessários para prover assistência os membros em financiar déficits temporários em seus balanços comerciais, assim como adotar políticas de ajuste macroeconômico sem ter que recorrer a medidas drásticas e incompatíveis com o código de conduta do Fundo. Saliente-se, outrossim, que os recursos derivam das subscrições feitas pelos membros ao adentrar o fundo, de modo que o acesso aos recursos estava aberto aos membros com dificuldades nos balanços de pagamentos e estavam relacionadas ao montante de quotas que subscreviam no Fundo. (FMI, 1985, p.5)

Ressalta-se, de outro lado, a importância da Organização Internacional das Comissões de Valores - OICV - ou IOSCO, como é conhecida internacionalmente, foi oficialmente criada em 1983 e conta nos dias de hoje com mais de 130 membros de 80 países, responsáveis pela quase totalidade da capitalização do mercado de valores mobiliários mundial. A organização tornou-se o principal fórum internacional para as autoridades reguladoras dos mercados de valores e de futuros (IOSCO, 2013).

²⁵ Seu acordo constitutivo se deu em 1945 e suas atividades iniciaram em 1947, com a participação de quarenta países-membros, sendo que atualmente o quadro conta com 188 membros, que participam da organização ao subscrever quotas de capital, por onde são calculados os direitos de voto, sendo antigamente exigido 25% em ouro ou moeda forte e 75% em moeda do país subscritor. Atualmente são emitidos DES – Direitos Especiais de Saque, que são distribuídos aos países membros para converter em moedas correntes. (FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, 2013).

²⁶ Este dois últimos objetivos, ao se observar a trajetória e atuação da instituição nas últimas décadas, parece revelar-se como sua principal função, principalmente em relação a países como déficits constante nas balanças de pagamentos. A eficiência da instituição quanto aos outros objetivos (de regulação e supervisão dos mercados financeiros) é muito criticada na atualidade, principalmente pela inabilidade de monitorar e prevenir crises financeiras. (CERQUEIRA, 2007)

Já a *International Association of Insurance Supervisors* - IAIS, estabelecida em 1994, representa órgãos de supervisão e regulação de seguros de 190 jurisdições, já desde 1999, o instituto passou a receber profissionais e observadores da área, representando associações industriais, profissionais, seguradoras, consultoras e instituições financeiras internacionais e busca fixar, de forma global, princípios, padrões e documentos-guias. (IAIS, 2013)

Essas duas últimas organizações (IOSCO e IAIS), juntamente com o Comitê da Basileia, reúnem-se em um fórum conjunto, o *Joint Forum*, criado em 1996 para tratar de assuntos comuns com a atividade bancária, de seguros e de securitização²⁷, incluindo, segundo suas informações, a regulação de conglomerados financeiros. Sua composição se dá com um número igual de membros de cada setor, representando cada um dos tipos de supervisão. (BIS, 2013)

Existe, outrossim, o *Financial Stability Board* (em português, Comitê de Estabilidade Financeira), estabelecido pelo do G20 – Grupo dos Vinte, para coordenar em nível internacional, o trabalho de autoridades financeiras nacionais e instituições internacionais de padronização para desenvolver e promover a implementação de efetiva regulação, supervisão e outras políticas no setor financeiro. Reúne autoridades nacionais responsáveis pela estabilidade financeira em importantes centros financeiros internacionais, instituições financeiras internacionais, grupos de setores específicos internacionais de regulação, supervisão e comitês de bancos centrais. Inclui os países membros do G20 e da União Européia. (FSB, 2013)

Destaca-se que recentemente, o principal foro político de discussão sobre os problemas macroeconômicos mundiais no setor financeiro se dá através do Grupo dos 20, onde estão reunidos os chefes de Estado das principais nações em termos políticos econômicos, e em razão da recente crise econômica internacional, vem trazido como foco do debate: Fortalecimento da Regulação Financeira e Reforma da Arquitetura Financeira Internacional. (G20, 2013).

²⁷ Importante distinção deve aqui ser feita, pois enquanto seguros são a tradicional definição de contratos onde uma das partes se responsabiliza pelo risco e cobertura indenizatória no caso da ocorrência de um evento, securitização (ou *securities*) são instrumentos financeiros utilizados para controlar outros ativos financeiros em mercados de capitais, através de um vínculo entre eles, e através de seu desenho são também ativos financeiros comercializáveis.

No âmbito da Organização das Nações Unidas, o Segundo Comitê da Assembleia Geral, criado em 1998, agora conhecido como o Comitê e Econômico Financeiro, especializou-se em trabalhar com problemas relacionados com o crescimento econômico e desenvolvimento como questões de políticas macroeconômicas principalmente diante das crises recentes, incluindo o comércio internacional, o sistema financeiro internacional e a sustentabilidade da dívida externa dos Estados, o financiamento para o desenvolvimento, erradicação da pobreza, globalização e interdependência e outras questões relacionadas. (Nações Unidas, 2013)

Em âmbito regional, mas de forma supranacional, na União Européia, a Comissão Européia através de uma consulta trazida como resultado de estudo prévios, e sob a forma de um “Livro Verde”, participa ativamente nos trabalhos em curso ao nível do Conselho de Estabilidade Financeira ou Financial Stability Board - FSB, e traz para o âmbito do bloco europeu as discussões correntes em nível internacional, na busca de deliberação e produção de futuras normas comunitárias. E nesta busca por respostas quanto à crise do setor bancário, cujas consequências se vêm se desenvolvendo com mais contundência justamente no continente europeu. Assim, a União Européia está desenvolvendo um “ambicioso programa de reformas da regulamentação do setor financeiro em geral e, em particular, do setor bancário”, efetivado por meio da Comissão Européia.²⁸

Existe também, no âmbito destes mercados, o importante e controverso do papel das agências internacionais de avaliação de crédito (*rating agencies*), auditorias privadas cujas opiniões (classificação de seus parecer dada pela própria agência), principalmente sobre a dívida pública dos Estados e sobre a solvência e liquidez dos bancos, hoje influem não só nos mercados financeiros internacionalizados mas também na política econômica de qualquer país que dependa de investidores externos. Um exemplo simples claro é o fato de que a cada

²⁸ A Comissão Européia é foro de caráter executivo da União Européia, sendo uma instância supranacional, com características próprias. (VARELLA, 2009, p.354) É integrada por nacionais dos estados-membros, nomeados de comum acordo pelos governos, somente se reportando ao Parlamento Europeu, não recebendo, em tese, instruções governamentais. As diretivas sobre as atividades da Comissão estão disponíveis em <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/253&format=HTML&aged=0&language=PT&guiLanguage=en>. Acesso em 11/04/2013.

rebaixamento na nota da avaliação corresponder a uma manifestação oficial e mais rápida possível do governo ou da instituição financeira.²⁹

No ano de 1975, o Securities Exchange Commission (SEC), órgão regulador dos Estados Unidos da América, elaborou novas regras para esse tipo de agência, existentes desde o começo do século passado, mas que como tais atos, ganharam o status de organizações de avaliação de crédito nacionalmente reconhecidas (NRSRO's), passando a ter papel central no período de internacionalização econômica e alterações no modo de produção capitalista então em curso, não sendo por coincidência, as três primeiras a ganhar tal status serem as três com maior relevância na atualidade: Moodys, Fitch e Standard & Poor's.(SEC, 2012)

2.3.1 O BIS (Bank for International Settlements) e o Comitê da Basileia

Dentro desse cenário institucional, destaca-se como a principal entidade destinada regulação e supervisão da atividade bancária e financeiras transnacional, o Bank for International Settlements (BIS). Também conhecido como Banco de Compensações, é uma instituição financeira internacional que tem estrutura jurídica de sociedade anônima, cujo capital é subscrito por bancos centrais e até 2001, por instituições financeiras privadas.³⁰

Foi criado em 1930 na Conferência de Haia com o objetivo inicial de gerenciar as indenizações impostas aos países perdedores da I Guerra Mundial, evoluindo em sua atuação ao longo dos anos. O seu escritório principal está estabelecido na Basileia, Suíça, e é atualmente composto pelos membros de 58 Bancos Centrais (BIS, 2013). Segundo seus objetivos, busca uma cooperação internacional financeira e monetária fornecer o serviço de “banco para os bancos centrais”. Saliente-se que seu Estatuto dispõe que tem, ainda, como missão

²⁹ Foram oficialmente reconhecidas no ano de 1975, quando o Securities Exchange Commission (SEC), órgão regulador dos Estados Unidos da América, elaborou novas regras para esse tipo de agência, existentes desde o começo do século passado, e com tais atos, ganharam o status de organizações de avaliação de crédito nacionalmente reconhecidas (NRSRO's), passando a ter papel central no período de internacionalização econômica e alterações no modo de produção capitalista então em curso, não sendo por coincidência, as três primeiras a ganhar tal status serem as três com maior relevância na atualidade: Moodys, Fitch e Standard & Poor's. (SEC, 2013)

³⁰ O Banco JP Morgan é um de seus constituintes originários, até 2001 era possível a participação de instituições financeiras privadas, mas os participantes foram compensados em suas cotas e se restringiu a participação aos Bancos Centrais. Contudo, há previsão estatutária de que caso algum Banco Central não deseje participar, será convocada instituição financeira de relevância daquele sistema financeiro nacional.

promover discussões e facilitar a colaboração entre bancos centrais, dar suporte ao diálogo com autoridades responsáveis pela estabilidade financeira, conduzir pesquisa em políticas confrontando bancos centrais e autoridades de supervisão financeira. O direito de representação e voto na Assembleia Geral é proporcional às cotas do capital social do BIS emitidas para cada instituição participante.

O BIS perdeu relevância durante a segunda guerra mundial, teve papel secundário no cenário internacional com o surgimento das instituições criadas pelos Acordos de Bretton Woods. Mas com o fim das regras do acordo, e a crise do petróleo dos anos 70, a atuação do Banco passou a ter um objetivo principal: o gerenciamento do fluxo de capitais entre fronteiras, o que levou ao surgimento de uma preocupação com a supervisão regulatória dos bancos internacionalmente ativos o que culminou com a criação do Comitê da Basileia, nos anos 70 e a preocupação com a estabilidade econômica da atividade bancária.

No âmbito do BIS, instaurou-se o Comitê da Basileia para Supervisão Bancária, que provê um fórum para cooperação regulatória em matéria de supervisão Bancária. Segundo suas informações, objetiva desenvolver o entendimento dos principais problemas de supervisão e melhorar a qualidade da supervisão bancária em todo o mundo, através da troca de informações e técnicas, visando promover entendimentos comuns, usados pelo Comitê para desenvolver linhas gerais e padrões de supervisão em “áreas em que são considerados desejáveis”. Busca o Comitê estabelecer padrões internacionais de adequação do capital, os princípios “nucleares” para a Supervisão Bancária Efetiva, e o Acordo sobre a supervisão bancária transnacional (BIS, 2013).³¹

A formação do Comitê de Supervisão Bancária da Basileia se deu no ano de 1974, pelas autoridades dos bancos centrais do G-10, depois de enfrentarem sérios problemas no fluxo internacional de moedas e no mercado bancário³². Conforme estabelece Cerqueira (2007, p.387), a criação do Comitê pelo então Grupo dos Dez (G10) veio como resposta às normas que vieram à tona quanto aos mencionados processos desregulamentação da atividade bancária

³¹ Os membros do Comitê vem da Argentina, Austrália, Bélgica, Brasil, Canadá, China, França, Alemanha, Hong Kong, Índia, Indonésia, Itália, Japão, Coreia do Sul, Luxemburgo, México, Holanda, Rússia, Arábia Saudita, Singapur, África do Sul, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Inglaterra e Estados Unidos.

³² Destaca-se a falência do *Herstatt Bank*, na Alemanha Ocidental, pois quebra desse banco teve um grande impacto em decorrência da grande quantidade de transações em moeda estrangeira que ficaram em aberto na sua liquidação, e que grandes perdas para os parceiros internacionais da instituição.

internacional, iniciados em 1974 pelo governo norte-americano ao estabelecer unilateralmente o fim do controle de capitais:

A formação de um ente internacional para supervisão e regulação bancária foi necessária, tendo em vista a instabilidade existente no período de transição do padrão fordista para o padrão flexível, em especial, após o primeiro período de desregulamentação financeira e a crise que seguiu, no mercado de eurodivisas. CERQUEIRA (2007, p.387)

De efeito, a centralização das discussões no Comitê foi influenciada pela fase seguinte do processo de internacionalização financeira, onde foram adotadas mais normas unilaterais de desregulamentação e liberalização financeira, no período de 1979 a 1985, com o aumento da livre movimentação de capitais, a securitização das dívidas públicas dos Estados e a participação de instituições não-bancárias, dos fundos mútuos e dos fundos de pensão. Outrossim, em fase posterior, no período de 1986 até 1995, onde houve a generalização da arbitragem e a incorporação dos mercados emergentes, tendo como características a abertura dos mercados de ações, choques financeiros e cambiais e o crescimento dos derivativos.

Por outro lado, a criação do Comitê apareceu como resposta às constantes crises bancárias do período, assim como da constatação de que nesse novo cenário em que a atividade bancária internacional se desenvolvia, as crises não se limitavam mais à economia do país de origem da instituição bancária. Corazza destaca, neste sentido:

As mudanças ocorridas nos mercados financeiros nos anos 70 e 80 entram em choque com o aparato regulatório e de supervisão vigente no pós-guerra. A reação do mercado resultou numa onda de inovações financeiras no sentido de contornar aquelas restrições legais. A seqüência foi o processo de liberalização financeira que marcou os anos 70. A maior liberdade operacional dos bancos, tanto nos mercados domésticos quanto nos internacionais, aumentou os riscos de suas operações, provocando crises bancárias sucessivas. As primeiras e mais importantes levaram à falência e à liquidação do Herstatt Bank da Alemanha e do Franklin National dos Estados Unidos, em 1974, e criaram os motivos e as condições para um novo processo de re-regulamentação, principalmente dos bancos internacionais. Essa reação no sentido de criar um novo aparato regulatório materializou-se no Acordo de Basileia, de 1975, em que se estabeleceram novos princípios normativos, especialmente em relação à supervisão das atividades dos bancos estrangeiros, a qual foi definida como tarefa conjunta do país hospedeiro e do país de origem dos bancos internacionais

Frise-se que sua atuação, segundo seu Estatuto, se dá de três principais maneiras: a) *promovendo a troca de informações sobre políticas, operações e práticas regulatórias*; b) *buscando a melhoria da eficácia de técnicas de supervisão internacional do mercado bancário*; c) *e estabelecendo padrões mínimos de supervisão em áreas que o Comitê entenda ser necessária a adoção desses padrões.*(BIS, 2013) No ano de 1997, o Comitê divulgou uma lista de 25 princípios que tem por objetivo nortear a supervisão bancária:

LISTA DOS PRINCÍPIOS ESSENCIAIS PARA UMA SUPERVISÃO BANCÁRIA EFICAZ

Um sistema eficaz de supervisão bancária terá claramente definida as responsabilidades e os objetivos de cada agência envolvida na supervisão de organizações bancárias. Cada uma dessas agências deve ter independência operacional e recursos adequados. Um ordenamento legal apropriado à supervisão bancária também é necessário, incluindo dispositivos relacionados com as autorizações às organizações bancárias e sua supervisão contínua; poderes voltados para a verificação de conformidade legal, bem como para interesses de segurança e solidez; e proteção legal para os supervisores. Também devem ser contemplados dispositivos referentes à troca de informações entre supervisores e à proteção da confidencialidade de tais informações.

[...]

Atividades Bancárias Internacionais

23. Os supervisores bancários devem realizar supervisão global consolidada nas instituições que atuam internacionalmente, monitorando adequadamente e aplicando normas prudenciais adequadas em todos os seus negócios de alcance mundial, principalmente suas filiais estrangeiras, joint-ventures e subsidiárias.

24. Um elemento chave da supervisão consolidada é o estabelecimento de contatos e o intercâmbio de informações com os vários outros supervisores envolvidos, principalmente as autoridades supervisoras do país hospedeiro.

25. Os supervisores bancários devem requerer que as operações locais de bancos estrangeiros sejam conduzidas com o mesmo padrão de exigência requerido das instituições locais e devem ter poderes para fornecer informações requeridas por autoridades supervisoras do país de origem, visando possibilitar-lhes a supervisão consolidada. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2013)

Portanto, estes fatos levaram, diante dos constantes riscos de uma insolvência generalizada e do temor de uma crise bancária internacional, a elaboração no âmbito do Comitê, do Acordo da Basiléia, no ano de 1988 (Basiléia I), em que se estabeleceu em nível internacional, requisitos mínimos de capital para as

instituições bancárias, sendo em 2005 elaborado um novo Acordo, o Basiléia II, mais amplo e com novos padrões para gestão do risco (CERQUEIRA, 2007 p.389).

2.4 OS ACORDO DE BASILÉIA E O *INTERNATIONAL CONVERGENCE OF CAPITAL MEASUREMENT AND CAPITAL STANDARDS: A REVISED FRAMEWORK (BASILÉIA II)*: ANÁLISE JURÍDICA DAS REGRAS DE SUPERVISÃO E REGULAÇÃO DO ACORDO DE BASILEIA

No ano de 1975, o recém criado Comitê de Basiléia enfrentava um grande desafio: a necessidade de uma cooperação internacional para padronizar as regras regulatórias da atividade bancária, em cada jurisdição. Assim, o Comitê, composto pelos bancos centrais dos países que compõem o G-10, passou a definir algumas diretrizes, que eram adotadas por cada Banco Central em sua respectiva jurisdição e para suas instituições financeiras nacionais. Essas diretrizes foram reunidas inicialmente em um documento denominado Concordat, que já previa a divisão da responsabilidade pela supervisão dos estabelecimentos bancários multinacionais entre os países de origem e que o hospedavam a atividade bancária. (BASEL, 2011)

Durante os anos que se seguiram, várias modificações nas recomendações do Comitê de Basiléia eram elaboradas na medida em que novas crises e necessidades específicas surgiam do esforço para regular e supervisionar as atividades bancárias. Segundo Krugman e Obstfeld (2007, p.483), a principal delas foi justamente na atividade que é objeto do presente trabalho: atividade bancária transnacional, quando em 1982 a falência do Banco Ambrosiano (importante banco privado da Itália), demonstrou não estar superada a questão fundamental sobre a qual país competia prestar o socorro às atividades *offshore* (*atividade exercida fora da contabilidade nacional do banco*): se às autoridades que do país que recebia a atividade bancária (Luxemburgo) ou de onde o banco se originava (Itália):

Na prática, a insuficiência do Acordo de Basiléia, de 1975, ficou patente quando da falência do Banco Ambrosiano, em 1982, a partir da insolvência de sua filial em Luxemburgo, onde nem o país hospedeiro (Luxemburgo), nem o de origem (Itália) assumiram o ônus de honrar os passivos do banco falido. Em consequência disso, em junho de 1983, houve uma revisão do Acordo de 1975, onde se estabeleceu o princípio da supervisão consolidada das atividades

domésticas e internacionais dos bancos; como era de se esperar, tal revisão foi insuficiente não só para definir a questão crucial da responsabilidade de um prestador internacional de última instância, mas, principalmente, para uniformizar as diversas normas nacionais e especialmente a uniformização das práticas contábeis, de modo a facilitar a supervisão consolidada. (CORAZZA, 2000, p.89)

As diretrizes do Comitê ganharam notoriedade e se baseavam na idéia de supervisão conjunta das atividades dos bancos que operavam internacionalmente, isto é, tanto por parte do país hospedeiro, quanto do país de origem da instituição financeira. Dessas revisões começaram a surgir as bases para a formulação de um novo documento (Framework). Registre-se que foi no período de elaboração do documento que pela primeira vez se fala uma supervisão “consolidada”, que significa que as autoridades supervisoras não podem se limitar ao acompanhamento individualmente da atividade de um banco e sim através do exame da totalidade das operações internacionais, conforme ressalta Freitas e Prates (2001, p.65):

[...]fechou as brechas da supervisão e apresentou duas importantes novidades: o princípio da supervisão consolidada e a discussão da questão da adequação de capital. A crescente habilidade das instituições bancárias em assumir riscos, em um contexto de liberalização global dos mercados e de proliferação de novos instrumentos financeiros, levaram as autoridades supervisoras dos países industrializados a conferir especial ênfase ao fortalecimento da base de capital dos bancos.

No intuito de prevenir exposição demasiada ao risco, o Comitê passou a entender a necessidade de exigir dos bancos um aporte razoável de capital, tendo em consideração uma ponderação de nível de risco dos seus ativos. Isso implicaria na correspondência entre o aumento do risco e a exigência de capitalização da instituição. Por meio dessa medida, a expectativa do Comitê era que os Bancos, ponderassem ao contratar operações mais arriscadas, já que a eventual ocorrência de prejuízos ocasionaria a perda de seu próprio capital. (DOS SANTOS, 2002 – dissertação porto alegre)

Deste modo, em 1988, foi assinado o *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards* pelos membros do Comitê, estabelecendo um dos principais instrumentos da regulação e supervisão das instituições bancárias: o requerimento de capital mínimo, que popularizou-se como o

“Acordo de Basileia”, objetivando o estabelecimento de um modelo a ser incorporado pelos órgãos reguladores nacionais aos bancos domésticos e à adequação de capital dos bancos internacionais. Com isso, o acordo visava o audacioso objetivo de fortalecer a saúde e a estabilidade da atividade bancária dentro sistema financeiro internacional.

Observa-se que o Acordo de 1988 se baseava no pensamento de que as instituições bancárias se tornariam mais sólidas e independentes do prestador de última instância, passando este a automaticamente deixar essa função em segundo plano e a atuar mais na supervisão da atividade, exigindo que os bancos operassem com boa saúde financeira em suas operações de crédito, por meio de um mecanismo de autorregulação da necessidade de capitalização. No entanto, o Acordo de 1988 contemplou basicamente o risco de crédito, tendo sido objeto de críticas nesse sentido. (DOS SANTOS, 2002) Nesse sentido:

Como se sabe apesar do aperfeiçoamento que significou para as regras de supervisão bancária, o Acordo de Basileia, de 1988, foi alvo de muitas críticas, especialmente no que diz respeito à arbitrariedade da classificação de ativos de risco e à estreiteza da noção de risco adotada. Acontece que há muitas classes de risco além do risco de crédito, como o risco de iliquidez associado a cada classe de ativo, o risco com derivativos e, talvez o mais importante, o risco cambial, de suma importância nos mercados globalizados que lidam com taxas de câmbio flutuante. (CORAZZA, 2000, p.90)

Iniciou-se, então, no ano de 1993, reformas por parte do Comitê. O Acordo passou a ser revisado com a apresentação de propostas de incorporação de outros riscos inerentes à atividade bancária, como o de mercado (segundo a proposta de 1996). Assim, durante o período de 2001-2006, iniciou-se a elaboração do Segundo Acordo da Basileia, também chamado de Basileia II, feito a partir de duas perspectivas conectadas, que envolviam o objetivo de corrigir os equívocos trazidos no primeiro Acordo e de adotar novas medidas direcionadas à solidez do mercado bancário mundial, abalada com as crises financeiras dos anos 90, em especial à Crise Asiática ocorrida no ano de 1997.

Deste modo, formalizou-se em 2004 depois de anos de trabalho, o documento denominado *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework*, ou Basileia II (BASEL, 2006), passando a ser o principal documento padrão para a regulação e supervisão das atividades

bancárias em nível nacional e internacional. Ressalta-se que ainda que não se constitua objetivo da monografia a exposição das regras econômicas e matemáticas contidas no acordo, demonstra-se a forma em que se estrutura este documento padrão para as atividades bancárias, dividindo-se em três pilares principais:

Pilar 1: Arts. N°40-718: No primeiro pilar do acordo, apresenta-se as formas de cálculo das exigências de capital mínimo para riscos enfrentados pela atividade bancária: de crédito (risco de inadimplência sobre o crédito fornecido), de mercado (riscos decorrentes da movimentação dos preços no mercado) e operacional (atividades internas do banco) (BASEL, 2003).

Pilar 2- Arts.719-808: O Segundo pilar do Acordo trata dos princípios básicos para o supervisor examinar a gestão do risco pelos bancos; dá aos reguladores melhores ferramentas do que as previstas anteriormente, além de providenciar parâmetros para abordagem de outros tipos de riscos (riscos sistêmicos, concentração, estratégicos, de liquidez...), que o Acordo combina sob o título de riscos residuais. As regras do segundo pilar têm a finalidade de permitir aos supervisores verificar se os bancos têm capital necessário para garantir os riscos de suas atividades, assim como os incentivar e desenvolver melhores técnicas de gestão de riscos. É neste pilar que se inserem as regras que prevêem uma supervisão global consolidada: destinada as atividades bancárias transnacionais (arts.780-783).

Pilar 3: arts.719-807 De forma complementar, o terceiro pilar tinha como objetivo a transparência na atividade dos bancos, e vincula a implementação das regras dos Pilares I e II a uma disciplina de mercado. Essa disciplina consiste em um conjunto de exigências de divulgação das atividades dos bancos, permitindo aos participantes do mercado avaliar as informações essenciais contidas nas outras regras do acordo (escopo da aplicação no capital, nas exposições ao risco, nos processos de avaliação de risco e, ainda, na adequação de capital da instituição financeira).

De acordo com informações apresentadas pelo Bank for International Settlements (BIS, 2013), o Comitê não detém autoridade formal sobre supervisão supranacional da atividade bancária transnacional e sobre a regulação dos mercados bancários nacionais. Contudo, apesar de suas conclusões não pretenderem ter força legal ou vinculativa, os padrões, recomendações e regras de

“boas práticas” feitas pelo Comitê, efetivamente são adotadas pelas autoridades regulatórias nacionais.

Nota-se então que a insuficiência de coercibilidade das recomendações da Basiléia é discutível, pois apesar da informalidade da discussão das resoluções e de sua suposta ausência de imperatividade, os Estados (muitos deles sequer membros do Comitê) aderem aderiam às recomendações da Basiléia. Nas palavras de LASTRA (2000, p. 136), “o Comitê da Basiléia já serve como órgão regulador internacional *de fato*, e age como catalisador para a formação de fóruns regionais e globais onde aspectos da regulação bancária são discutidos”.

Os Estados Nacionais, ainda que não tenham diretamente participado da discussão das regras dos Acordos de Basiléia, fazem as adaptações necessárias à ao seu ordenamento jurídico, para que seja possível a padronização da supervisão e regulação nas formas propostas pelo Acordo de Basiléia, para o mercado bancário nacional. No Brasil, por exemplo, essa harmonização do ordenamento jurídico é feita pelo Banco Central do Brasil e pelo Conselho Monetário Nacional, através de Resoluções³³. Dessa forma, o Comitê encoraja a convergência de padrões e abordagens comuns. (GUP, 2004).

Afirma EATWELL *et all* (2006, p.143), que: “embora as regras e padrões de Basiléia não tenham cogência sob o Direito Internacional, ela são sustentadas por várias medidas oficiais e de mercado que as tornam sancionatórias sem perder sem perder seu caráter de soft law”. Assim, Instituições como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial exigem a adoção das regras do Acordo de Basiléia como condições para a concessão de empréstimos aos Estados. De igual modo, os mercados impõe a adoção das regras sob a sanção de condições mais onerosas nos empréstimos, fazendo com que essas circunstâncias minem a invocada voluntariedade do Acordo de Basiléia. (EATWELL *et all*, 2006,p.144).

Portanto, muito embora o BIS alegue que o Acordo não é de adoção obrigatória para os Estados, servindo de apenas de modelo para as autoridades reguladoras nacionais em que há bancos internacionalmente ativos, percebe-se que sua regras estão sendo adotadas praticamente todos inseridos na economia globalizada, em razão de imposições de integração e convergência das relações

³³ Como exemplo, destaca-se: Resolução CMN 2.099, Resolução CMN 2.682, Comunicado BACEN nº 12.746, Resolução CMN 3.380, Resolução CMN 3.464, Resolução CMN 3.444, Resolução 2.837, Resolução CMN 3.490/07, Comunicado nº 16.137, de 27/09/2007.

internacionais econômica de interdependência entre os Estados e os atores internacionais. (BECK,1999 e NEIVA, 2008, p.177).

Partindo-se dessa apresentação inicial da estrutura do acordo e dentro do contexto teórico até aqui apresentado, possibilita-se a análise do modelo proposto nos arts.780 a 783 do *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework* Basileia II, que prevêem a supervisão da atividade bancária transnacional através de uma supervisão global consolidada, com o objetivo se obter uma abordagem empírica e delimitada do problema construído na presente dissertação.

Registre-se que a análise das regras do II Acordo da Basileia serão o objeto de uma leitura sob o ponto de vista jurídico, partindo-se de todos os pressupostos teóricos analisados até aqui, que estabelecem a relação entre a intervenção do Estado Contemporâneo no domínio econômico e seus instrumentos de regulação e supervisão no contexto do fenômeno da globalização econômico financeira acompanhado de todos os processos que nela se inserem (declínio dos mecanismos de intervenção do Estado, desregulamentação, e criação dos processos de autorregulação financeira). Sempre será considerada, outrossim, as circunstancias da atividade bancária transnacional e do arcabouço regulatório que compõe seu ambiente de regulação e supervisão (Estados, empresas, Organizações Internacionais, e outros atores internacionais).

Nesse esteio, saliente-se que o primeiro desses artigos é o art.780 do II Acordo de Basileia, tendo por objeto a supervisão de grandes conglomerados bancários que operam internacionalmente, prevendo que, para ser eficaz essa supervisão, é necessário “um dialogo aproximado e contínuo entre participantes da indústria e supervisores”:

780. A supervisão eficaz de grandes organizações bancárias necessariamente impõe um dialogo aproximado e contínuo entre os participantes da indústria e os supervisores. Além disso, o Acordo vai exigir uma crescente cooperação entre supervisores, em uma base prática, especialmente para a supervisão transfronteiriça de grupos bancários internacionais complexos. (BASEL, 2006,tradução livre)

Já a segunda regra, prevista no art.781, dispõe sobre a quem competirá regular as atividades de instituições que operam internacionalmente. Nos termos de referido dispositivo, caberá aos países de origem da instituição

supervisionar a implementação do Acordo, e aos reguladores do país que hospeda o banco realizar a atividade de supervisão daquelas entidades:

781. O Acordo não mudará as responsabilidades legais dos supervisores nacionais para regular suas instituições domésticas ou os arranjos para supervisão consolidada como um marco nos Padrões do Comitê da Basileia existentes. O país de origem da instituição é responsável por acompanhar a implementação do Acordo para um grupo bancário em uma base consolidada; os supervisores dos países que hospedam a instituição são responsáveis pela supervisão daquelas entidades operando em seus países. Para reduzir o peso excessivo na adoção da regulamentação e evitar a arbitragem regulatória, os métodos e processos de aprovação usados por um grupo bancário nas suas relações fora daquele país, podem ser utilizadas em nível local desde que eles adequadamente atendam as exigências do supervisor local. Sempre que possível, supervisores devem evitar a utilização de medidas de aprovação e validação de seu trabalho de forma redundante e não coordenada, para evitar que se onere na implementação dos padrões sobre os bancos, e com o escopo de conservar os recursos de supervisão. (BASEL, 2006, tradução livre)

Destaca-se que o art.782, por sua vez, tem a preocupação com a transparência na atuação e informação por parte dos órgãos supervisores, que deverão comunicar e deixar claro os papéis de cada Estado envolvido na regulação da atividade bancária internacional. Contém, ainda, uma importante regra que prevê que o país de origem da instituição deve liderar o esforço de coordenação da supervisão da instituição financeira que opera em suas jurisdições.

782. Na implementação do Acordo, supervisores devem comunicar o mais claro possível os respectivos papéis do país de origem e país que hospedam a instituição, para os grupos bancários com significantes operações transnacionais em múltiplas jurisdições. O supervisor do país de origem deve liderar o esforço de coordenação com o país que recebe as atividades da instituição bancária. Para comunicar os respectivos papéis de supervisão, supervisores deverão tomar cuidado para deixar claro que as existentes responsabilidades legais permanecem imodificáveis. (BASEL, 2006, tradução livre)

Com efeito, no art.783, encontra-se uma previsão que parece ser justamente objetivo final das recomendações contidas no Segundo Acordo da Basileia, que é a padronização das regras de regulação por parte dos reguladores nacionais:

783. O Comitê apóia uma aproximação pragmática de mútuo reconhecimento para os bancos internacionalmente ativos como uma chave fundamental para a cooperação na supervisão internacional; Essa aproximação implica no reconhecimento dos padrões de adequação de capital quando se considera as entidades de bancos internacionalmente ativos nas jurisdições que hospedam suas atividades, assim como o desejo de minimizar as diferenças na regulação nacional de adequação de capital entre as jurisdições de origem e que recebem as atividades bancárias, de modo que bancos subsidiários não sejam submetidos à onerosidade regulatória excessiva. (BASEL, 2006, tradução livre)

Da análise das regras, pode-se concluir inicialmente que elas estabelecem os parâmetros gerais de como será feita a supervisão e regulação das atividades bancárias transnacionais, sistematicamente conectando a atuação dos reguladores às regras contidas nos Acordo, previstas em seus três pilares. De um modo geral, buscam harmonizar as regras técnicas contidas nos pilares 1 e 2 do II Acordo de Basiléia (que geralmente são implementadas no âmbito interno de cada país por sua respectiva autoridade reguladora nacional, ao incorporar as regras do Acordo ao seu ordenamento jurídico), por meio da prescrição programática de uma cooperação entre as autoridades reguladoras que comungam a atividade de uma mesma instituição financeira ou grupo bancário. Ademais, as regras apresentam as seguintes características:

1) Assim como as demais regras contidas no Acordo de Basiléia, são fortemente influenciadas por uma disciplina de autorregulação, onde a supervisão direta por parte um órgão externo é substituída pela autorregulação dos riscos da atividade bancária pela própria instituição bancária e por instituições financeiras do mercado financeiro (como é o caso das agências de *rating* – Pilar 1 e 2 do Acordo).³⁴ Observa-se que nas regras acima colacionadas, as prescrições que apresentam certo caráter normativo (impondo obrigações) se direcionam às autoridades reguladoras, no sentido de não causar prejuízos às transações bancárias internacionais no exercício de sua atividade de regulação e supervisão de forma excessiva. Constatamos não existirem obrigações estabelecidas às instituições bancárias e financeiras que exercem a atividade bancárias transnacional nesses dispositivos.

2) Não há, por outro lado, uma clara definição do papel do Estado e de seus órgãos reguladores como seus Bancos Centrais, Autoridades Monetárias,

³⁴ Conforme Dos Santos(2002): “A evolução proposta pelo Comitê, a partir de emendas de 1995, foi a da passagem da supervisão direta para a autorregulação de riscos pelas próprias instituições do mercado.”

assim como dos instrumentos de materialização das atividades de regulação e supervisão das atividades bancárias transnacionais. Observa-se que o Acordo prevê que em relação aos mercados bancários domésticos, os órgãos reguladores nacionais devem adotar e padronizar a regulação de acordo com suas recomendações, fazendo as alterações no ordenamento jurídico interno. No caso das atividades transnacionais, as regras limitam-se a prever uma necessidade de cooperação entre os órgãos supervisores e reguladores, sem estabelecer instrumentos ou critérios especiais para quando a atividade bancária a ser supervisionada é praticada pelos bancos internacionalmente ativos.

3) Não se encontra uma previsão de adequação multilateral, pois as regras se limitam a prever uma cooperação entre os países “de origem” e “que hospedam” a atividade bancária. Portanto, as regras estudadas limitam essa cooperação a uma relação bilateral entre o país em que a instituição bancária foi constituída (país de origem), e aquele em que ela está atuando (país hospedeiro). Consta-se que a previsão a própria natureza hipercomplexa, desterritorializada e multicêntrica da atividade bancária transnacional é desconsiderada pelo Comitê de Basileia, já que ao buscar estabelecer por meio das regras do II Acordo de Basileia uma supervisão global consolidada, limita a cooperação para essa supervisão à relação entre duas jurisdições Estatais, enquanto as relações negociais praticadas pelo banco supervisionado se realizam globalmente, abrangendo (ou podendo abranger) quase todas as economias.

De efeito, saliente-se que partir dessas constatações se conclui que não foi suprimida uma brecha essencial à supervisão da atividade bancária transnacional, pois ao apenas prever que os órgãos reguladores devem, “na medida possível”, e de forma bilateral, promover uma cooperação para regular e supervisionar a atividade bancária que escapa as fronteiras nacionais, esbarra-se nos mesmos problemas que regular a atividade bancária transnacional sempre enfrentou. Evidencia-se que persiste a carência de um instrumento que permita a órgãos reguladores externos ao mercado bancário exercerem sua função regulatória e de supervisão sobre as atividades transfronteiriças.

Neste vértice, observa-se que as regras previstas nos arts.780-783 do II Acordo de Basileia não se distanciam daquelas inicialmente trazidas nos arts. 23 a 25 dos “Princípios Essenciais para uma Supervisão Bancária Eficaz” divulgados pelo Comitê da Basileia para nortear a supervisão bancária no ano de 1997, que

foram transcritos anteriormente. Nem mesmo as crises financeiras da virada do século se mostraram motivo para qualquer alteração substancial nas regras de supervisão da atividade bancária transnacional.

Portanto, conclui-se que as regras de supervisão da atividade bancária transnacional não apresentaram soluções para os problemas enfrentados nas operações bancárias feitas em nível transnacional. Deste modo, o modelo proposto de simples adequação de cada ordenamento jurídico às regras do Acordo de Basileia, feita por cada autoridade nacional para os bancos sediados em seus territórios, somada as prescrições de cooperação bilateral entre os países em que um banco internacionalmente ativo operava, dando quase que integral autonomia à disciplina de autorregulação pelo mercado, não foi suficiente para resolver as dificuldades em se realizar a regulação e supervisão das operações bancárias transnacionais. A certeza dessa afirmação se apóia no advento da Crise bancária-financeira de 2007/2008.

2.5 A CRISE FINANCEIRA DE 2007-2008

No ano de 2007, enquanto as regras do II Acordo de Basileia estavam sendo implementadas, uma nova crise financeira no setor bancário internacional se desenvolveu, desta vez com proporções não observadas naquelas que haviam acontecido nas últimas décadas. A crise financeira teve origem no mercado imobiliário nos Estados Unidos, expandindo-se pelo setor bancário que estava exposto aos “ativos tóxicos” que eram negociados nos mercados financeiros desregulados.

Da conjuntura que ocasionou uma das maiores crises da história, Faria (2011, p.22) destaca fatores inéditos e específicos, a exemplo do crescimento descontrolado de derivativos, multiplicação de operações despadronizadas fora de mercados com regulação, opacidade de novos tipos de operações e fundos de investimentos, arbitragens com taxas de juros e de câmbio, alavancagem descontrolada, agências de avaliação de risco em conflito de interesses, políticas remuneratórias que incentivam executivos a uma excessiva exposição de risco, e da coexistência de operações entre mercados regulados e não regulados.

De Grauwe (2009, p.19,20), ao fazer uma releitura da crise econômica de 2008, estabelece um cenário em que dois fatores propiciaram o seu

desenvolvimento: a influência cada vez maior da crença no paradigma do mercado eficiente e, em consequência, a política de desregulamentação no setor financeiro; e a atribuição aos mercados da possibilidade de se autorregular sem a intervenção do poder público, citando um marco histórico importante: A rejeição nos Estados Unidos do “Glass-Steagall act”, que seria um novo marco regulatório (na verdade de desregulamentação) para atividade do mercado financeiro e para os ativos que apresentaram os problemas que geraram a crise quase uma década depois

Registre-se que a migração dos complexos instrumentos de engenharia financeira dos balanços dos bancos e dos mercados organizados em bolsas para mercados de balcão desregulamentados, onde instituições financeiras funcionavam como intermediadoras (sistema bancário paralelo), construiu a estrutura frágil que se desmantelou quando do início da crise:

Também não pode ser esquecido o veloz crescimento das operações nos mercados de balcão centralizadas, em oposição aos mercados organizados em bolsas. Foi justamente no âmbito dos mercados de balcão que se multiplicaram as mais diversas combinações de ativos de crédito securitizadas com operações de derivativos de crédito, como as Obrigações de Dívida Colateralizada e o Credit Default Swaps, cujo atrativo residia na arbitragem regulatória que oferecia, propiciando aos bancos a expansão de sua alavancagem. Além de administrar mecanismos de registro, compensação e liquidez de transações, as operações nos mercados de balcão desempenharam o papel de contraparte garantidora dos negócios. Em geral, essas operações tendem a ser bilaterais, sem registro centralizado, sem mercado secundário para determinar preços, sem transparência em matéria de demonstração da solvibilidade e da capacidade de fluxo. (FARIA, 2011)

Nesse vértice, destaca-se que essa arquitetura específica que transformou uma crise de crédito clássica em uma crise financeira e bancária de imensas proporções, por lhe conferir um caráter sistêmico:

O desenrolar da crise pôs em questão a sobrevivência de diversas instituições financeiras e colocou em xeque esta arquitetura financeira, bem como os princípios básicos do sistema de regulação e supervisão bancária e financeira. Este desenrolar trouxe alguma luz a diversos aspectos desta arquitetura, antes envoltos em sombra, o que possibilitou elucidar sua efetiva configuração. (CINTRA, FARHI, 2008, p.25)

Na existente interação entre bancos e as demais instituições financeiras, realizada nos já mencionados opacos mercados de balcão, viu-se os bancos “buscaram diversas formas de retirar os riscos de crédito de seus balanços com o objetivo de ampliar suas operações sem ter de reservar os coeficientes de capital requeridos pelos Acordos de Basiléia”. (CINTRA, FARHI, 2008, p.26)

Concluí-se, então, que se passou a acreditar, inspirando-se exacerbadamente no otimismo do mercado eficiente, que a securitização e o desenvolvimento de produtos financeiros mais complexos levariam a uma maior disseminação do risco a cada vez mais agentes do mercado, sendo possível, assim, que o próprio mercado reduzisse o risco sistêmico. Em consequência, mostrava-se juridicamente legítimo reduzir ou excluir a necessidade de se supervisionar e regular os mercados financeiros, vislumbrando-se uma nova era de livre e desonerado progresso sem a participação dos mecanismos jurídicos de controle externo, inclusive do Estado ou qualquer ente regulatório.

As preocupações atuais giram em torno do fato de que esta crise, iniciada com a atividade financeira privada, posteriormente se alastrou até a dívida pública do Estado, principalmente os situados na zona do Euro. No período de recessão decorrente da recessão financeira internacional (em meados de 2010), a Grécia sofreu uma retração econômica de 7%, com a dívida pública equivalente a 143% do seu PIB, a Itália com a dívida pública correspondente a 120% do PIB e uma proposta de arrocho fiscal de 54 bilhões de euros, a Espanha com uma taxa de desemprego de 20%, e Portugal, resgatado em 2010 pelo FMI e países vizinhos com uma redução de gastos públicos da ordem de 7% do PIB até 2015.³⁵

Esses dados, coadunando com a abordagem até aqui trazida sobre a internacionalização dos mercados financeiros, denotam que a atual crise envolve de forma intrínseca atividade e interesses públicos e atividade e interesses privados, sendo muitas vezes difícil se fixar um corte entre tais concepções, assim como se revela que concepções ideológicas clássicas se enfraquecem diante da conjuntura das finanças internacionalizadas, o que passa a ser reforçado com as soluções buscadas para a crise. Como exemplo adota-se os aportes financeiros de Estados e seus bancos centrais para a crise de liquidez das instituições financeiras privadas. Portanto, observa-se que as consequências da crise sobre a economia globalizada e

³⁵ Dados retirados de The Economist (2011).

as soluções que então foram propostas demandaram alto investimento público para combater a recessão que se alastrou por quase todas as economias nacionais.

Isto porque as consequências de crises sistêmicas do setor não prejudicam somente os investidores privados e os depositantes nele envolvidos, mas todo sistema financeiro e a economia real, utilizando-se inclusive, recursos públicos para salvar as instituições bancárias em crise (que estão imbricadas com as entidades do sistema bancário paralelo). A título exemplificativo, estima-se que na zona do Euro, principal região afetada pela crise global de 2007/2008, para manter serviços financeiro essenciais para cidadãos e empresários, os governos tiveram que injetar dinheiro público nos bancos e avalizar em uma escala sem precedentes: entre outubro de 2008 e outubro de 2011, a Comissão Européia aprovou €4.5 trilhões (equivalente to 37% do PIB da UE) de medidas Estatais de ajuda à instituições financeiras. (COMISSÃO EUROPEIA, 2012)

Como resposta para a crise econômica de 2007/2008, o Comitê Basiléia apresentou uma série modificações para o II Acordo de Basiléia, elaborando, e, à partir do ano de 2010, implementando, o acordo de Basileia III, que revisou as principais regras do Acordo anterior. Destaca-se que, segundo o Comitê, novas regras objetivam forçar bancos a aumentarem suas reservas de capital, obrigando-os a criarem um colchão de conservação de capital e o colchão contracíclico de capital. Além disso, é objeto das regras as preocupações com a liquidez dos bancos, de modo que os bancos deverão conduzir teste de stress para sobreviverem em cenário de recessão de até 30 dias. (BASEL, 2013-A) Registre-se, outrossim, que o Pilar 3 do Basiléia II (que vinculava a observância das regras de capital e de supervisão à disciplina de mercado) inicialmente iria ser eliminado conforme as propostas feitas até o ano de 2011³⁶, no entanto, as últimas versões do Basiléia III estão prevendo revisões na estrutura dessa forma disciplinar pelo mercado. (BASEL, 2009)

É notável que modalidades de risco, antes desprezadas pelo II Acordo de Basiléia, agora são objeto de amplo estudo e serão o principal foco da aplicação do novo Acordo. Saliente-se, contudo, que as regras que prevêm a regulação e supervisão da atividade bancária transnacional a princípio não foram

³⁶ Destaque-se o seguinte trecho da proposta inicial de revisão do Acordo: “79. Os requisitos de capital do Pilar 3 serão abolidos. Isso vai assegurar que o capital utilizado para atingir os requisitos de mercado vai ser da mesma qualidade das composições de capital usada para atingir os requisitos dos riscos operacionais e de crédito”. (BASEL, 2013-A)

alteradas. De outro lado, a problemática do sistema de supervisão e fiscalização baseado exclusivamente nessa disciplina de mercado foi reconhecido pelo próprio Comitê, ao pretender inicialmente revogar por meio Basileia III todo o Pilar 3 do II Acordo.

Finalmente, destaca-se que não há dúvidas de que da atual crise, iniciada com os derivativos do mercado imobiliário dos Estados Unidos, e que teve sua quebra sistêmica propagada justamente pelos bancos internacionalmente ativos, passa-se a questionar a suficiência do processo de desregulamentação e a tendência de atribuição cada vez maior ao setor bancário e financeiro da capacidade de se autorregular, baseada no paradigma do mercado eficiente. (DE GRAWE, 2009) sem qualquer participação em determinadas áreas em que a atividade bancária transnacional opera, de qualquer participação dos instrumentos de regulação e supervisão Estatal. No mesmo sentido, se questiona a suficiência das regras do acordo de Basileia que buscam a implementação de uma supervisão global consolidada.

3 A ANÁLISE JURÍDICA DO PAPEL DE INTERVENÇÃO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO NA REGULAÇÃO E SUPERVISÃO DA ATIVIDADE BANCÁRIA TRANSNACIONAL A PARTIR DAS REGRAS DO II ACORDO DE BASILÉIA

É certo que a análise que propõe a presente monografia, consistente na investigação sobre ainda existir um papel para o Estado Contemporâneo servir como referência para a supervisão e regulação da atividade bancária transnacional na atual conjuntura, insere-se em um contexto muito mais amplo, pois a crise de 2008 trouxe de volta à pauta a discussão acerca das implicações jurídicas incertas que se originam da relação entre mercado financeiro internacional globalizado e o Estado Democrático de Direito (Estado Contemporâneo).

Registre-se que, a partir do ano de 2008 e seguintes, a proposta de reforma da arquitetura financeira mundial, e de como será feita a regulação dos mercados financeiros internacionais, tornou-se o principal tema a ser solucionado por diversos organismos multilaterais (G20, BIS, FSB...), os Estados, e pelas instituições financeiras que são afetadas direta ou indiretamente pela atividade regulatória. (MATIJASCIC, PIÑON, ACIOLY, 2009, p.32) Neste vértice, a questão principal consiste em apresentar respostas ao seguinte problema: de um lado, evidencia-se a que espaços que estavam tradicionalmente reservados ao direito positivo e à política legislativa centralizada no Estado, já não correspondem com o espaço territorial, de modo que os Estados nacionais passam a enfrentar dificuldades crescentes para neutralizar os efeitos de fatores externos da dinâmica dos mercados financeiros e exercer o papel de regulador e supervisor dos sistemas financeiro doméstico e principalmente global, por meio de seus mecanismos internos³⁷

De outro lado, verifica-se que o modelo de autorregulação financeira baseado exclusivamente no critério da eficiência que se desenvolveu a partir dos anos 70, construído pela produção normativa descentralizada e de caráter

³⁷ Nesse sentido, destaca Faria (2011, p.34): “O denominador comum dessas indagações, que consiste numa das premissas centrais deste trabalho, é a idéia de que a economia contemporânea se caracteriza por dinâmicas e processos que obedecem lógicas próprias, não sendo controláveis com base nas categorias e procedimentos normativos e nos padrões espaciais e temporais construídos sob inspiração da teoria político-jurídica clássica – mais precisamente, é a idéia de que a integração dos mercados financeiros em escala global os tornou mais poderosos na formação das decisões e, com isso, sujeitou as econômicas nacionais às consequências de atos e acordos decididos fora de seus respectivos territórios.”

eminentemente privado (FARIA, 2011), excluindo ou limitando a participação o Estado e qualquer agente regulador externo de caráter público nas decisões e nas produções das regras, inspirado no paradigma econômico do mercado eficiente e de índole política radicalmente liberal, demonstrou que também não é suficiente para garantir a eficiência e estabilidade dos mercados financeiros internacionais. Frise-se, conforme ressaltado anteriormente, que a crise de 2008 teve como uma de suas principais causas (e também o grave alastramento de suas consequências), justamente a adoção de modelos baseados nos paradigmas do mercado eficiente. (BRESSER-PEREIRA,2009; BELUZZO,2009; DEGRAW,2011; ROUBINI, 2006; FARIA, 2011).³⁸

Deste modo, a busca de uma compreensão efetiva sobre o problema deve iniciar perquirindo-se qual ainda é o papel do direito produzido no Estado e pelo Estado nas propostas de reforma do arcabouço regulatório mundial em que se desenvolvem essas relações financeiras. Trata-se da proposta na qual se inicia o presente capítulo, que se pautará em duas grandes leituras realizada nos capítulos iniciais (sobre a crise da intervenção econômica do Estado e sobre a crise da autorregulação financeira), já que se torna uma abordagem generalizante imprescindível para se analisar o tema específico da relação entre a regulação Estatal e as atividades bancárias transnacionais, a ser realizada no capítulo seguinte.

3.1 A PROBLEMÁTICA DO PODER REGULATÓRIO E DE SUPERVISÃO ESTADO SOBRE O SETOR FINANCEIRO NO MUNDO GLOBALIZADO: AS RELAÇÕES ENTRE ESTADO DEMOCRÁTICO, DIREITO E ECONOMIA

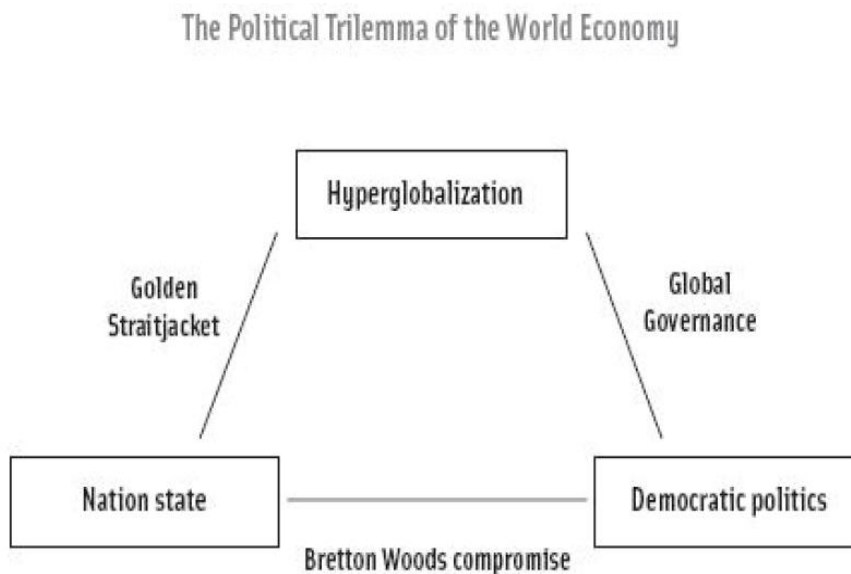
Todas essas questões levantadas, sem dúvidas, colocam o Direito diante de alguns problemas importantes, já que a necessidade de se equacionar as infindáveis indagações e variáveis do problema entre a dinâmica do Estado Democrático e mercados financeiros globalizados, é uma das grandes construções a serem feitas pela humanidade no início do século XXI, principalmente diante da

³⁸ Dani Rodrik problematiza essa questão atual, explicando que: “Diferentemente dos mercados domésticos, que tendem a ser abrangidos por instituições políticas e regulatórias domésticas, os mercados globais são fracamente atingidos, já que não existe uma autoridade antitruste global, emprestador global de última instância, regulador global, rede de segurança financeira global, e obviamente, uma democracia global. (RODRIK,2011, xvi)

iminente necessidade de se rever o arcabouço regulatório (em alguns casos até mesmo inexistente), em que os mercados financeiros globais estão inseridos.

Refere-se aqui, novamente, à problematização apresentada por Dani Rodrik sobre a economia mundial, na forma de um polêmico trilema, onde só se poderá escolher duas entre as três opções possíveis. Destaca-se a seguinte ilustração do trilema proposto:

Quadro 2 - O Trilema da Economia Mundial



Fonte: RODRIK (2011, p.201)

Segundo o autor, a tensão entre Democracia, Soberania Estatal e os mercados globalizados coloca a economia mundial diante da necessidade de: a) se restringir a democracia, com objetivo de minimizar os custos de transação, alinhando Estado e uma globalização intensa (hiperglobalização), que passam a produzir política econômica e as regras de acordo com os imperativos dos mercados globalizados, sem necessariamente passar a participação dos mecanismos de democracia nacionais, independentemente do impacto social que imbalanços na economia mundial possa causar em nível local; b) limitar a globalização, com a esperança de construir legitimidade democrática e os objetivos de desenvolvimento econômico nacionais no âmbito do Estado nacional, nos moldes propostos pelos acordos de Bretton Woods; c) globalizar a democracia, ao custo da soberania nacional do Estado (refere-se, aqui, a autodeterminação e poder de formular a política econômica), com a realocação da política e a reprodução do mecanismos

democráticos em um nível global, por meio de instituições internacionais e buscando-se aproximar de um “federalismo global”, ou nos moldes do que preconiza a teoria da “governança global”. RODRIK (2011, p.200)

Enquanto a busca de uma solução para o problema encontra-se mais próxima de “dúvidas do que de certezas”, é oportuno registrar a construção feita por FARIA (2011), ao esboçar cinco cenários com base nas principais teorias atuais sobre o futuro do Estado e do Direito diante da globalização econômica neste começo de século, que coincidem em vários pontos com a formulação teórica do problema atual da economia mundial acima referenciado.

Assim, dentro de um cenário de internacionalização das decisões econômicas e de um período pós-crise, que ainda vivencia suas graves consequências para a economia mundial, o futuro do Estado do Direito, e da regulação das relações econômicas globalizadas, traçado pelo autor, basicamente engloba cinco cenários hipotéticos: a) a criação de um “estado mundial e um direito global”; b) o retorno ao Estado forte e forte regulação normativa; c) um cenário de governança mundial e direito sem o Estado, onde o direito mundial seria produzido basicamente por entidades internacionais, órgãos intergovernamentais e organismos supranacionais; d) um quarto com a formação de blocos comerciais e “multisoberania”, basicamente no formato dos blocos de integração regional, e um e) quinto cenário de globalização econômica com a expansão dos sistemas privados de governança da atividade econômica, sem colisão com o direito positivado pelo Estado.

O primeiro cenário traçado reside na construção de um “Estado mundial e de um direito global”, valorizando a convergência, harmonização e unificação de legislações nacionais em campos específicos. Seria arquitetado nesse âmbito a estrutura já existente há muito tempo para as relações comerciais, no sentido de uma autoridade que detenha poder de polícia e arbitragem supranacionais. Desse modo, “[...] esse modelo cosmopolita se basearia assim na primazia do direito internacional sobre o direito dos Estados e no progressivo estabelecimento de uma Constituição Mundial.” (FARIA, 2011, p.45).

Essa convergência se daria com o objetivo de um projeto cosmopolita, denominado de “hiperglobalista”, onde o contexto de interconexão entre grandes regiões mundiais e a consolidação de atores de política internacional, permitiria que o modelo baseado em “coletividades autodeterminadas e o modelo

westfaliano de regulação internacional tenderiam a ser substituídos por uma “república federal mundial” e por uma concepção cosmopolita de democracia”. Possuindo uma inspiração na crença pacificadora do livre comércio mundial, e com base em conceitos liberais, federalistas e pluralistas, esse cenário cosmopolita é proposto como resposta à complexidade dos problemas que afetam a todos, em nível local, nacional, regional e global, exigindo uma regulação democrática institucional transnacional. (FARIA, 2011, 45-46).

No específico cenário bancário transnacional, a proposta teria relevância pela necessidade de se criar órgãos reguladores macroprudenciais, que teriam a atribuição de cuidar dos riscos sistêmicos, por um lado, e de se consolidar um organismo emprestador global de última instância, como uma espécie de Banco Central mundial, por outro. Essa organização de estruturas institucionais com atribuições de regular o mercado financeiro, diversas funções importantes como: assegurar a liquidez internacional para aumentar a demanda efetiva mundial; restringir a mobilidade de capitais especulativos que prejudicam economias nacionais; enquadrar e controlar o chamado *shadow banking system*; a articulação entre agências reguladoras americanas e europeias; rever as regras do Acordo de Basileia II com o objetivo de alargar a base de capital próprio dos bancos e impedir a inclusão de riscos fora dos balanços nos requisitos de capitais apresentados pelo acordo, reformar dos mecanismos de governança do FMI; rever as propostas de reavaliação das exigências para produtos estruturados de crédito e as operações de *swap* anunciadas no final de 2008 e início de 2009 pelo FED, em comum acordo com autoridades monetárias de países em desenvolvimento. (FARIA, 2011, p.35).

Porém, registre-se que a inovação mais importante, com o objetivo da construção de uma esfera pública internacional (FERRAJOLI, 2005), seria a introdução de uma fiscalização mundial, de um poder supraestatal de imposição tributária destinado a reunir os recursos necessários para financiar as instituições de garantia de efeitos sociais provocados por desarranjos da economia globalizada. É nessa direção que se orientou a antiga proposta feita no âmbito dos Acordos de Bretton Woods de se instituir a Taxa Tobin sobre as transferências financeiras internacionais, na forma de uma política internacional redistributiva:

A Taxa Tobin foi idealizada pelo economista James Tobin em 1972³⁹, pouco depois da dissolução do sistema de taxas de câmbio de Bretton Woods, que ocorreu em agosto de 1971. Ela propunha que todas as transações financeiras fossem taxadas e que os Estados tivessem garantia da realização de políticas macroeconômicas e de estabilização pelo fato dos mercados serem constantemente afetados pela volatilização dos capitais. Além disso, o capital gerado pela aplicação da Taxa Tobin poderia ser utilizado para erradicar a pobreza extrema em que muitos seres humanos vivem. Isso porque a aplicação da taxa teria resultados muito grandes, já que as transações monetárias movimentam quantidades astronômicas de capital. Inicialmente seria cobrado um imposto de 0,1% sobre as movimentações especulativas. O montante arrecadado iria para organizações da sociedade civil que têm como objetivo a erradicação da pobreza. (MARQUES, 2006, p.99)

A discussão sobre sua construção foi retomada há pouco tempo no âmbito da União Europeia, propugnando-se que se utilizaria a receita arrecada para investimentos em estruturas de países que estavam sofrendo com a grande recessão pela qual passava o continente Europeu.

Em outro vértice encontra-se o segundo cenário, opondo-se à proposta de redução do papel dos Estados para um perfil minimalista, estabelecendo que se prevaleceria um Estado forte, utilizando-se novamente de instrumentos de regulação normativa, que haviam sido erodidos pelo processo de globalização financeira, conforme se ressaltou em análise feita anteriormente. Apesar das dificuldades impostas pela transnacionalização dos mercados, acredita-se que somente a volta da ação controladora e reguladora dos Estados nacionais atenderia às demandas locais de emprego e bem estar social dentro de um período de turbulências na economia mundial. Ademais, seria possível restabelecer o equilíbrio entre as perspectivas de curto e longo prazo em matéria de políticas públicas e planejamento econômico. (FARIA, 2011, p.46).

É necessário fazer referência ao sistema Keynes-White, que serviu de referência para celebração dos Acordos de Bretton Woods, onde se proibiu que os operadores financeiros privados movimentassem livremente recursos pelo mundo. Tais transferências somente seriam possíveis com a finalidade de

³⁹ Ainda segundo Marques (2006, p.99) . “James Tobin (5 de Março de 1918 - 11 de Março de 2002) foi um economista estadunidense, professor na Universidade de Yale que recebeu o Prêmio de Ciências Econômicas em 1981. Tobin tornou-se conhecido por, em 1972 ter sugerido a criação de um imposto sobre as transações financeiras internacionais como forma de reduzir a especulação nos mercados financeiros. Tobin propunha que as receitas desse imposto fossem utilizadas para financiar as Nações Unidas ou para ajudar o desenvolvimento dos países do terceiro mundo. Este imposto ficou conhecido como Taxa Tobin”.

financiamento do comércio ou investimento produtivo externo. Todas as demais movimentações seriam proibidas, o que se convencionou chamar de repressão financeira. Dessa forma, os Estados podiam controlar e orientar as atividades dos setores financeiros, de modo a condicioná-las ao desenvolvimento econômico. (CERQUEIRA, 2007, p.206).

Registre-se, ainda, que o arranjo institucional do período, durante os primeiros anos de vigência do acordo, foi marcado por intensa intervenção dos Estados em suas economias e em seus sistemas financeiros, realizadas por meio de instrumentos jurídicos, tendo por objetivo a concretização de finalidades determinadas pela política econômica do Estado, tais como a defesa do pleno emprego e o crescimento. Infere-se essas circunstâncias narradas, do relato de Eichengreen (2002, p. 133):

Havia limites às taxas de juros. Foram impostas restrições aos tipos de ativos nos quais os bancos podiam investir. Os governos regulavam os mercados financeiros para canalizar o crédito para setores estratégicos. A necessidade de conseguir licenças de importação complicava os esforços para canalizar transações de capital através das contas correntes. Os controles foram capazes de conter a enxurrada porque não era apenas um só obstáculo na corredeira. Ao contrário, os controles eram parte de uma série de comportas e barragens com a ajuda das quais as águas turbulentas foram tomadas.

Portanto, essa redescoberta da necessidade de atuação de um Estado regulador e intervencionista perante a economia mundial, baseia-se em duas variáveis: a) um modelo de Estado forte, desenvolvimentista e regulador atualmente existente no leste asiático, em países como Cingapura, Tailândia e Malásia, que se utilizam de políticas públicas para fortalecer a capacidade produtiva, investindo no conhecimento científico e inovação tecnológica na busca do desenvolvimento do país. Desafiando em grande medida os modelos de Estado intervencionista tradicionalmente concebidos, os Estados lançam mão de reformulados instrumentos de intervenção na economia, como o controle concorrencial de mercados, apoio irrestrito à iniciativa privada, com políticas de caráter alfandegário, tributário, cambial, programas de fomento, crédito subsidiado e incentivos fiscais, parcerias público-privadas, joint ventures, taxas de juros preferenciais, todos amparados dentro de um largo aparato burocrático de regulação e planejamento econômico Estatal. Ademais, é observada a cada vez mais comum participação acionária do Estado no capital de

grandes conglomerados privados (FARIA, 2011, p.47); b) surge, principalmente no contexto pós crise de 2007-2008, como resposta ao “fundamentalismo globalizante”, e é baseado no entendimento de que, com a falha na capacidade de autorregulação dos mercados financeiros, somente a intervenção reguladora do Estado teria a capacidade atender as demandas de equilíbrio financeiro, emprego, serviços essenciais e fortalecimento dos sistema de proteção social (atingidos gravemente pela crise).

Nesse sentido, o Estado forte tratado presente cenário hipotético (ressalta-se que a palavra forte não implica em Estado autoritário), seria um Estado de Direito de inspiração Keynesiana, vinculado a uma Constituição, com a capacidade de fazer cumprir a lei, adotar barreiras alfandegárias, implementar políticas fiscais monetárias expansionistas, reconstruir poupança pública, arbitrar a concorrência, realizar a execução de políticas industriais, subsidiar determinados setores produtivos e efetivar a intervenção no fluxo de capitais especulativos. Ademais, seriam buscados novos modos de articular investimentos públicos e privados, além de uma atuação mais direta do Poder Público na produção de bens e serviços, assim como “novos desenhos normativos que expressem no imperativo, sob a forma de comandos obrigatórios provenientes de uma autoridade central”. (FARIA, 2011, p.48) Sendo assim, na hipótese, a regulamentação bancária retornaria diretamente ao âmbito nacional do Estado seria articulada exclusivamente por meio de tratados internacionais e Organizações internacionais em que o Estado participa.

Em sentido diametralmente oposto, encontra-se o terceiro cenário, que já teve seu contexto de surgimento e marcos teóricos devidamente explorados no capítulo anterior. As proposições ali abordadas são radicalizadas para propor que os mecanismos de autorregulação pelos mercados e governança privada se substituiriam a qualquer intervenção do Estado. Assim, propõe-se um cenário de governança mundial sem o Estado, dentro de uma “dinâmica jurídica sistematicamente autônoma”, que é consolidada à parte de qualquer participação aos poderes públicos, e adota “formas regulatórias estranhas às tradicionais formas de intervenção estatal do direito positivo”. (FARIA, 2011, p.50).

O cenário é formulado partindo-se das premissas de que nunca haverá um local capaz de centralizar as discussões políticas globais, de que a justiça social pode ser obtida em qualquer intervenção estatal, sendo um resultado natural do livre jogo de mercado, sendo este um mecanismo que deteria a capacidade de

conciliar eficácia produtiva e liberdade de iniciativa e corrigir seus inconvenientes ou externalidades. Além disso, no plano mundial, a diferenciação territorial foi substituída por uma diferenciação funcional, o que fez com que a realidade jurídica seria formada por regimes privados ou híbridos, que preenchem os vácuos normativos deixados pelos Estados nacionais (BLACK, 2010), intencionalmente ou não. (FARIA, 2011, p.51).

Por outro lado, o quarto modelo apresenta-se como uma exceção, ou uma variável importante, dentro dos três modelos até aqui expostos (RODRIGUEZ, 2012). Trata-se do cenário de aprofundamento institucional por meio de blocos de integração comercial e também dos processos de regionalização, expandindo-se experiências de “multissoberania”, partindo-se de uma divisão horizontal e vertical de competências legislativas, de delegação voluntária e por meio de alterações nas Constituições de Estados Democráticos no sentido de delegar aspectos da soberania, participando como membro de uma organização supra nacional. O paradigma, obviamente, é o da União Européia.

No período de quatro décadas, a União Européia evoluiu exitosamente de três “comunidades” setoriais – a do carvão e aço, a de energia nuclear e a econômica – para um espaço único, com moeda própria, livre circulação de mercadorias, serviços, capitais e pessoas e políticas agrícola, comercial, concorrencial e de transportes comuns. À medida que o processo de unificação avançou, com a transferência da esfera intergovernamental para o esquema comunitário de diversos aspectos das políticas de imigração, de cooperação judiciária e de atuação policial e a criação de um Conselho de Ministros, um Comitê Executivo e um Parlamento, seus princípios orientadores passaram a ser concretizados por meio de regulamentos, diretivas e pareceres. Saliente-se, assim, o seguinte trecho:

No limite, esse modelo se caracteriza por uma tensão entre uma confederação de Estados relativamente centralizada (uma união de Estados soberanos) e uma federação relativamente descentralizada (uma comunidade de Estados interdependentes de caráter unitário e relacional). É uma construção jurídica, política e administrativa que tenta conjugar diferenciação e integração, reduzindo as assimetrias de poder proporcional, mas não em uma equiparação do poder institucional, como ocorre na União Europeia). Nesse modelo, os países-membros delegam poderes e competências “para cima”, ou seja, para um comitê supranacional ou, então, para um “órgão federal”, e “para baixo”, onde as tarefas são entregues a escalões inferiores, a poderes locais e a entidades surgidas do próprio processo de descentralização político-administrativa. (FARIA, 2011, p.)⁴⁰

⁴⁰ Conforme ressalta FARIA (2011): “A grande dificuldade deste cenário está na crescente deterioração da situação econômica de alguns países europeus, em face de outros. O problema é saber o nível de tensão

A Comissão Européia (de caráter executivo da União Européia), em resposta as conseqüências da crise econômica internacional atualmente vivida em seu território, vem adotando conjuntamente com as ações do G20 e do FSB, em conjunto com os demais órgãos do bloco, uma série de medidas quanto à regulação do setor bancário e de produtos financeiros não oficialmente organizados, institucionalizados e regulados e os negócios jurídicos existentes em seu âmbito, em especial quanto ao sistema bancário paralelo.

Finalmente, em um caráter eminentemente conciliatório das propostas anteriormente apresentadas, estabelece o quinto cenário que a mudança consistiria na expansão dos sistemas privados de governança da atividade econômica sem colidir com o direito positivado pelo Estado. Trata-se da expansão de regimes normativos operando em diferentes demarcações espaciais e funcionais, inexistindo hierarquia ou domínio de um sobre outro, e sem incompatibilidade com a ordem jurídica Estatal. Seria articulada sob a forma de redes (networks) compostas por sistemas públicos e privados de governança, em cujo âmbito o Estado possuiria um papel importante, mas não mais exclusivo e dominante, mesmo dentro de seu território. (FARIA, 2011, p.56)

Com foco principal na primazia da eficiência gerencial dos agentes econômicos, e para atender as exigências de sistemas sociais e econômicos cada vez mais complexos, o modelo de direito torna funcional vínculos e imbricações entre os mercados de trabalho, bens e créditos em múltiplos níveis, dos localizados aos supranacionais. Valendo-se de mecanismos de governança corporativa transnacional de caráter policêntrico e interações com base em sistemas de softlaw (BLACK, 2010), o modelo afasta-se do caráter tradicional do direito positivo produzido no Estado:

[...] aqui o foco se desloca da unidade para a diferença; da noção de hierarquia para a de rede; da ideia de governo para a de governança; de organizações e estruturas para regras funcionais e comportamentos; de mecanismos jurídicos rígidos para processos normativos e interdependentes; da linearidade lógico-formal para sobreposições e complementaridades; da titularidade legislativa dos parlamentos para os interstícios de corpos sociais e entidades e associações não políticas [...]. (FARIA, 2011, p.56-57)

institucional e política que a União Européia poderá suportar caso os mais duramente atingidos e vulneráveis à depressão, como Grécia, Irlanda, Espanha e Itália se deixem levar pela ideia de abandonar a moeda única. Em tese, isso lhes permitiria restabelecer a soberania monetária e, com isso, depreciar sua moeda, ajudando as exportações e a retomada do crescimento. Por mais que a essa estratégia seja arriscada, podendo resultar em fuga de capitais e desvalorização excessiva da nova moeda nacional, ela foi discutida no Fórum Econômico Mundial, realizado em Davos, em janeiro de 2009”.

Neste sentido, diferentes fontes proporcionam a convivência de distintas formas de regulação funcionando independentemente, tendo por base o princípio da subsidiariedade, implicaria na adoção de fontes: supranacionais (mediante delegação de competências legais dos Estados); fontes privadas (envolvendo prática e procedimentos regulatórios desenvolvidos por entidades empresariais); fontes técnicas (baseadas na expertise científica e conhecimento especializado) e fontes comunitárias (baseadas na capacidade de mobilização da sociedade por intermédio de ONGs e movimentos sociais). (FARIA, 2011, p.57-58).

Assim, conclui-se que os cinco cenários traçados buscam lançar luzes sobre qual seria o possível caminho na regulação da economia internacional globalizada no futuro.⁴¹ Ressalta-se que o exame dessas cinco possíveis conjunturas serve como ponto de partida para a análise que é proposta no presente trabalho, muito mais específica e modesta, direcionando-se a responder se dentro da proposta de reforma do um dos setores vetoriais da economia mundial, que é o sistema bancário transnacional, ainda haveria um papel para a instituição do Estado.

3.2 O ESTADO CONTEMPORÂNEO COMO REFERÊNCIA PARA SUPERVISÃO E REGULAÇÃO DA ATIVIDADE BANCÁRIA TRANSNACIONAL

Destaca-se que dentre todos os aspectos que podem delimitados para estudar no tema da relação entre o Estado e a regulação financeira dos mercados globalizados atualmente em reformulação, a presente monografia escolheu relações específicas do mercado bancário transnacional: as atividades bancárias transnacionais, que tem seus marcos jurídicos para a supervisão e regulação delimitadas nos Acordos de Basiléia.

Inicia-se, neste momento, a construção de uma possível resposta, no sentido de como o Estado contemporâneo pode servir como referência para a regulação e a supervisão da atividade bancária transnacional, contrapondo-se com a leitura que indicava o declínio total de seus poderes regulatórios sobre as relações financeiras e bancárias internacionais.

Portanto, cabe estudar o questionamento no sentido de ainda ser possível, dentro das propostas de reforma do arcabouço normativo que regulará os

⁴¹ Ressalta-se que após traçar os cinco cenários, o autor cogita que as atuais transformações se direcionarão a um ponto entre o quarto e o quinto cenário.

mercados financeiros internacionais – e dentro deste o mercado bancário transnacional -, cogitar-se a ausência do Estado como centro de produção normativa e interventor neste particular domínio econômico extremamente complexo, descentralizado e policêntrico.

3.2.1 As Relações de Interdependência Entre o Estado Democrático Contemporâneo e os Mercados Financeiros

Registre-se que, diante a atual conjuntura das relações econômicas transnacionais, e de todos os elementos abordados no capítulo em que se procurou desenhar os cenários do futuro dessas relações com o Estado Democrático de Direito, revela-se impossível se conceber a relação entre Estado e os mercados financeiros como uma relação antinômica, em que a escolha que se direcione a um desses elementos necessariamente implicaria na exclusão do outro. Não se cogita, dentro de um futuro próximo e de médio prazo, se estar diante da possibilidade da criação de uma espécie de Estado Mundial que consolidaria a economia global dentro de sua estrutura, assim como não é possível se pensar na construção de uma economia transnacional que passaria à margem de qualquer participação Estatal, excluindo de suas estruturas todos os processos políticos, decisórios e de produção de normas jurídicas.

Nesse sentido, conclui-se que a idéia de que seria admissível a construção de um Estado Mundial que suprimiria a atual economia de mercado mundializada é tão utópica quanto a idéia de que é possível a exclusão total da instituição do Estado, ou na sua falta, de entes que os substituam na representação dos interesses de milhões que ainda se organizam sob forma jurídica e social do Estado, principalmente no exercício de seus poderes de regulação, supervisão e de um modo geral, na produção normativa sobre os mercados.

O paradigma que se propõe consiste em perceber que, de um lado, com o declínio dos principais regimes Comunistas onde ainda se havia a centralização das atividades econômicas no âmbito do Estado, a quase a totalidade dos modelos de Estado Contemporâneo se inserem na economia internacional arranjada no modo de produção do capitalismo financeiro “desorganizado” e pós-fordista. Há uma dependência, portanto, da livre iniciativa organizada que se institucionaliza nos mercados para sua própria existência como Estado dentro desse

capitalismo. Por outro lado, os mercados nacionais e internacionalizados também dependem, para sua existência, da estrutura de organização proporcionada exclusivamente pelos Estados. (RODRIK, 2011; MARCOS FARO, 2006).

Assim, as relações estruturais entre Estado e os mercados financeiros consistem na primeira razão a ser trazida para justificar a inclusão do Estado no âmbito regulatório das atividades bancárias transnacionais. Na verdade, essa relação é muito estudada por teóricos do âmbito da Economia, ao dizer que os mercados amplamente globalizados, como é caso das atividades bancárias transnacionais, dependem, para existirem, de instituições jurídicas eminentemente vinculadas ao Estado nacional. RODRIK (2011, p.9-10) assevera que:

Essa dicotomia entre mercados e estados – entre comércio (troca) e a norma (regra) é falsa e esconde mais do que releva. Trocas do comércio, e em especial trocas de longa distância, não existem sem regras impostas de algum lugar.” “Mercados necessariamente exigem instituições não-mercado para funcionarem”. [...] Transporte, logística, comunicação, confiança, lei e ordem, e o “contrat enforcement”.

É certo que o nível de integração hipercomplexa que se vislumbra no atual estágio dos sistemas econômicos internacionais, faz como que Estado não possa prescindir de elementos que os mercados transnacionalizados lhe trazem, como vantagens comparativas do comércio internacional, nos mercados crédito e capitais, e outras circunstâncias que há séculos Adam Smith incontestavelmente já havia demonstrado. De igual modo, os mercados transnacionalizados ainda dependem da infraestrutura e de todo o aparato jurídico-burocrático que é proporcionado pelos Estados nacionais, dependendo de sua infraestrutura de transportes, energia, telecomunicações, de sua política externa, política econômica na organização das economias domésticas, nos seus mecanismos de manutenção da ordem. Destaca-se, neste ponto, que a atividade bancária prescinde de uma:

[...] Uma infra-estrutura pública bem desenvolvida precisa incluir os seguintes elementos que, se não forem adequadamente fornecidos, podem contribuir para o enfraquecimento dos sistemas financeiros e dos mercados, ou frustrar a sua melhoria: um sistema de leis comerciais, incluindo leis sobre empresas, falência, contratos, proteção ao consumidor e propriedade privada, que seja consistentemente reforçada e forneça um mecanismo justo para a resolução de disputas; princípios e regras contábeis amplos e bem definidos, que angariem grande aceitação internacional; um sistema

de auditoria independente para empresas de grande porte, para assegurar que os usuários dos relatórios financeiros, incluindo bancos, tenham garantia independente de que a contabilidade fornece uma visão verdadeira e justa da posição financeira da empresa e é preparada de acordo com princípios de contabilidade estabelecidos, podendo os auditores ser responsabilizados pelo seu trabalho; um sistema judiciário eficiente e independente, e profissões bem regulamentadas de contabilidade, auditoria e direito; regras bem definidas e supervisão adequada para outros mercados financeiros, e se apropriado, para seus participantes; e um sistema de pagamentos e compensações seguro e eficiente, em que o risco de contraparte seja controlado, para a liquidação de transações financeiras. (BACEN, 2006,p.10)

No intuito de dar uma roupagem jurídica à problemática, destaca-se que nos Estados Democráticos contemporâneos, tanto a livre iniciativa quanto a titularidade da política econômica pelo Estado (essência à sua soberania e autodeterminação dos povos) estão protegidas como normas fundamentais nas Constituições dos Estados. A situação, obviamente, não é diferente em nível internacional, já que diversas normas da ONU – Organização das Nações Unidas protegem a independência e autonomia econômica dos Estados, assegurando seu direito ao desenvolvimento, e garantem, de uma forma geral, que nenhuma nação tenha seu poder sobre a economia nacional e inserção na economia internacional (política econômica), totalmente suprimido:

Artigo 1º

§ 1. Todos os povos têm o direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

§2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo e do Direito Internacional. Em caso algum poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência.

§3. Os Estados Membros no presente Pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas. (NAÇÕES UNIDAS, 1996)

Neste vértice, registre-se que a impossibilidade de supressão total da política econômica promovida pelo Estado, não permite, juridicamente e politicamente, que exista em algum dos setores da economia internacional (à qual a

economia de um Estado está necessariamente interligada) um modelo de autorregulação absoluta. Sob uma perspectiva dialética, sem que haja uma necessária interação (ainda que mínima) com o ente Estatal (ou com instituição internacional com poderes por ele juridicamente delegados substituí-lo em tal finalidade⁴²), o elemento mercado não está apto a ser visto como legítimo para as regras de Direito Internacional, já que afrontaria diversas normas jurídicas que protegem a autodeterminação e independência dos Estados sobre suas economias. Sobre essa hipótese, registre-se diversos exemplos, como o da recepção de recursos provenientes de sonegação fiscal em paraísos fiscais, que recebem dinheiro em seus mercados financeiros amplamente desregulados e como poder de criação de suas próprias normas, sem intervenções dos Estados onde se encontram localizados.

Entretanto, faz-se a ressalva de que essa construção teórica generalizante busca apenas congregar uma idéia geral da interação entre o Estado Contemporâneo e a Economia Internacional, sem se olvidar que os mercados internacionais como o mercado bancário internacional são amplamente multifacetados, e cada área da economia apresenta uma peculiaridade (que por motivos óbvios não foram integralmente abordada na formulação proposta nesta monografia). Ainda assim, não se vislumbra prejuízo para premissa geral aqui fixada: Estados Democráticos contemporâneos e os mercados que compõe a economia internacional não são mutuamente excludentes, e sim complementares, de modo que seria antijurídico se excluir o Estado e sua política e econômica da participação, de um modo geral, de todos os setores da economia internacional de que dependa ou mantenha uma relação de conexão sua economia nacional, do mesmo modo que é inconcebível, na atualidade, se extinguir as relações econômicas internacionais e centralizá-las no âmbito dos Estados.

Aproximando-se do específico mercado que é objeto da presente monografia, a partir da abordagem acima formulada, demonstra-se que a participação do Estado no arcabouço regulatório das atividades bancárias transnacionais seria inicialmente justificável pelo fato de que as relações bancárias transnacionais influem diretamente a política econômica do Estado. Ademais, as

⁴² Faz-se a presente observação com a ressalva de que ela será posteriormente aprofundada. Nesse sentido, pode-se citar que organismos como a OMC – Organização Mundial do Comércio, na teoria, podem representar essa delegação de poderes para o nível internacional, substituindo os poderes que eram originalmente dos Estados, desde que lá estejam devidamente representados.

consequências de um fracasso na atividade de regulação do setor implicam diretamente na economia nacional e política econômica, pela qual o Estado é responsável. Sobre essa assertiva, destaca-se a seguinte afirmação do Comitê da Basileia:

61. O sistema bancário global entrou na crise com capital que era de qualidade insuficiente. Bancos tiveram que reconstruir seu capital no meio da crise, em um ponto em que isso era mais difícil de se realizar. O resultado foi a necessidade de suporte governamental massivo para o setor bancário em diversos países e o aprofundamento da depressão econômica. (BASEL, 2010)

Com efeito, saliente-se que a incorreta gestão dos riscos inerentes à atividade bancária, que não garanta a estabilidade das instituições bancárias que operam internacionalmente, afetam não somente a esfera jurídica dessas instituições e dos diretamente envolvidos naquele negócios, como seus sócios, acionistas, consumidores e investidores que se utilizam dos serviços prestados pela instituição financeira.

Deste modo, os Estados são afetados das mais diversas formas por assimetrias e desequilíbrios da atividade que é objeto de regulação: a) dependem do crédito para financiar suas atividades, lançando títulos em mercados financeiros que muitas vezes são adquiridos, comercializados, ou intermediados pelos mesmos bancos de investimentos que operam internacionalmente; b) a intermediação bancária das tem função de moeda para o comércio internacional e para o próprio sistema financeiro nacional (GERMER, 1999).⁴³ Ressalta-se que esse é, como demonstrando anteriormente, o principal motivo da existência da regulação do Setor.

Diversos motivos, no sentido desse interesse público e coletivo na regulação da atividade também são elencados para justificar a intervenção pelo entendimento regulatório clássico, como esclarece MONCADA (2003, p. 306):

⁴³ Destaca-se, o seguinte trecho da obra do autor “Embora seja muito comum a defesa da autorregulação da atividade bancária), certo é que a assunção excessiva de riscos por parte da instituição bancária é custeada pela sociedade de duas maneiras principais: com os empréstimos do banco central (quando utilizados recursos públicos) e com os abalos na economia de correntes de crises bancárias, que afetam a esfera de direitos patrimoniais de todos os cidadãos. Custos esses que podem ser muito altos, até porque as autoridades monetárias intervêm em grandes bancos, cuja falência pode ser extremamente prejudicial para a economia nacional e, que, muitas vezes, atuam com confiança excessiva no mercado em razão de sua magnitude (too big to fail). Essa função, juntamente com a do monopólio na emissão de moeda, foram cruciais para a consolidação do sistema financeiro nacional e internacional em torno da figura de um banco central.” (GERMER, 1999)

A intervenção estatal visará pois evitar aumentos explosivos da quantidade de moeda em circulação, induzida pelo fenômeno da moeda bancária ou escritural criada através de simples operações bancárias, assim pondo termo a uma inflação incontrolável e orientar a distribuição do crédito entre particulares, as empresas e os próprios poderes públicos no sentido de que as quantidade a distribuir, o juro e os prazos sejam os mais conformes ao interesse geral.

Deste modo, a justificativa da presença do Estado seria inicialmente extraída dessa premissa: o Estado compartilha com os bancos internacionalmente ativos intrínsecos e imbricados interesses econômicos no sucesso, gerenciamento dos riscos e estabilidade do setor, que tem implicações diretas na sua política econômica e na sua independência e autodeterminação como sujeito de Direito Internacional em nível transnacional, e Estado que deve atender às normas de sua Constituição.

É também nesse sentido que se direciona um dos grandes argumentos dos que defendiam o aumento da escala na intervenção do Estado no período pós-crise: o fato de que a responsabilidade por garantir a solvibilidade de uma instituição financeira, cujos mecanismos de gestão do risco e liquidez não foram suficientes para evitar o seu colapso (default). Trata-se denominado *moral hazard*, que consiste na idéia de que a instituição bancária sujeita à regulação, à partir do momento que lhe é conferida a segurança de um banco central como prestador de última instância, passa assumir cada vez mais riscos e se envolver em operações cada vez menos claras, sempre certa de que haverá a futura atuação da instituição supervisora para resgatá-la, uma vez que instituições sistematicamente importantes, ou como vulgarmente vem se falando, grandes demais para quebrar (too big to fail), quase sempre são objeto de intervenções milionárias com recursos pertencentes ao Estado para resgatar instituições financeiras insolventes, através de aquisições, empréstimos, aportes financeiros e aquisições de ativos “podres” da instituição.

Os desdobramentos desse denominado “perigo moral”, é objeto de estudo sob as mais amplas respectivas (psicológica, financeira, jurídica, filosófica), mas tem especial interesse para o presente trabalho em razão de que quem quase sempre exerce essa função de prestador de última instância é o Estado, por meio de suas instituições (Banco Centrais e sua agências reguladoras). Vale ressaltar, entretanto, que esse argumento não é, por si só, suficiente para justificar a atuação dos poderes de regulação e supervisão do Estado sobre setor bancário, já que

existe uma intrínseca relação de financiamento e crédito recíproco entre a dívida pública estatal, os meios de financiamento do Estado e os mercados financeiros, ao qual o setor bancário está diretamente vinculado.

Convencionou-se chamar tal fenômeno de Revolução Financeira, iniciada na Inglaterra no século XVIII, e que impulsionou a primeira experiência de se estruturar finanças públicas associando crédito privado à administração da dívida Estatal. A criação do mercado de títulos da Coroa Inglesa foi o primeiro marco deste fenômeno, pois a rentabilidade de toda propriedade começou a ser comparada à taxa de juros do Banco da Inglaterra, tendo em vista possibilidade de investimentos em títulos da dívida da Coroa:

A partir daí, a rentabilidade de toda propriedade passou a estar comparada à taxa de juros do Banco da Inglaterra, diante da possibilidade de investimento em títulos da dívida da Coroa. Isto criou um mecanismo poderoso, capaz de ligar – não discursivamente, mas monetariamente – a administração do crédito privado a decisões coercitivas do Estado em outros campos, especialmente no da tributação, mas abrangendo, também, ao longo do tempo, as atividades do setor público e as medidas referentes a licenciamentos, vedações e à inclusão de cláusulas de interesse público em contratos privados. E este mecanismo acabou se articulando com a gestão privada da moeda no âmbito internacional, sob o arranjo informal do Padrão Ouro Internacional. (CASTRO, 2005)

Em que pese a existência dessas intrínsecas relações financeiras entre a dívida Estatal, as políticas econômicas do Estado e a atividade bancária (sendo, de um modo geral, uma obviedade que o Estado gaste recursos públicos para salvaguardar o sistema bancário que o financia e mantém seus mercados internos funcionando, ainda que seja uma atitude vista por muitos como imoral), saliente-se que a importância da discussão sobre o risco moral na regulação de instituições financeiras é amplificado no caso das atividades bancárias transnacionais. Isto porque o problema se torna muito mais complexo, na medida em que há um buraco regulatório pela ausência do estabelecimento de quem exercerá o papel de prestador de última instância no caso crise de liquidez desse tipo de operações, realizada por bancos internacionalmente ativos. Ressalta-se que não há uma instituição que exerça esse específico papel em nível internacional.

Nesse ponto, as regras dos arts.780-783 do II Acordo de Basiléia ajudam em uma medida muito limitada, já que as características do modelo de

regulação e supervisão da atividade dos bancos internacionalmente ativos, ou seja, a disciplina de autorregulação pelo mercado, bilateralidade nas relações de cooperação e principalmente, ausência de definição dos papéis especiais de regulação e supervisão das autoridades reguladoras dos Estados, fizeram com que a funcionalidade e eficiência dessas regras na gestão dos riscos de nos demais objetivos da atividade regulatória não fossem atingidos.

Assim, as dificuldades na regulação e supervisão da atividade bancária transnacional, acabam por não efetivamente superada no modelo proposto. Ao abordar os Bancos transnacionais que são “grandes demais para quebrar”, em sua reportagem especial para revista “The Economist”, ROSENTHAL (2011) afirma que um dos grandes desafios para a regulação destas instituições com o objetivo de reduzir o risco sistêmico, é dispor de meios para identificar suas interconexões e que esses grandes bancos internacionais são ainda mais difíceis de liquidar, principalmente porque os sistemas legais e as leis de falência não acompanharam a globalização das finanças, dispondo referidas instituições de tecnologia para movimentar o dinheiro ao redor do mundo em um instante, e os credores podem sacar seu dinheiro em um piscar de olhos. Essas dificuldades crescem ante a ausência de definição dos instrumentos de supervisão e de determinados papéis regulatórios para a atividade bancária no II Acordo de Basileia, quando se trata do âmbito transnacional.

Nesse sentido, também destaca Krugman (2007, p.482) as dificuldades de exercer a regulação e supervisão sobre o setor: a ausência de seguros de depósitos na atividade bancária transnacional; a não definição de qual Banco Central deve exercer a função de prestador de última instância no caso de um banco que opera simultaneamente em diversas jurisdições; e principalmente no exercício da fiscalização (supervisão) em nível internacional, pois as autoridades nacionais vinculadas ao Estado dispõem de instrumentos para monitorar os balancetes domésticos, sendo-lhe extremamente dificultoso fiscalizar as operações de ativos financeiros complexos, em diversas moedas, que os bancos internacionais que estão operando em seu território estão realizando.

De acordo com o sistema das regras propostas pelo II Acordo de Basileia, essa atividade seria supervisionada, de um modo geral, pela disciplina de mercado instituída pelo pilar 3 do Acordo, somada à atuação local dos Estados nacionais e suas agências reguladoras. É compreensível, em razão do contexto em

que as normas do Segundo Acordo de Basiléia sobre a supervisão global consolidada foram elaboradas, que a definição de papéis para os Estados em nível transnacional fossem deixadas de fora, ou não abordada de forma específica. Isso, vale dizer, se deu em razão da leitura feita no título anterior (impacto da globalização financeira sobre os poderes de intervenção do Estado, deslocando os poderes de estabelecer as regras e supervisionar para instâncias onde não tem participação direta).

Portanto, dentro da conjuntura atual, a aceitação dessa retirada do poder decisório do Estado sobre a atividade bancária transnacional passa a ser revisada. Cresce a importância de se analisar o papel que os Estados terão na definição deste arcabouço normativo destinado ao setor dentro das atividades bancárias transnacionais. De efeito, ao passo que não se questiona a importância das regras dos arts.780-783 do Acordo de Basiléia, de modo que as atividades bancárias transnacionais devam continuar ser objeto de atenção especial por meio da tentativa da construção de uma “supervisão global consolidada”, impõe-se a análise do papel da instituição do Estado Contemporâneo no modelo proposto, já que no atual modelo vigente, apesar da ausência de previsão da participação efetiva do Estado nos arts.780-783, esse objetivo de “supervisão global consolidada” somente é atingível mediante a participação do Estado Contemporâneo.

3.2.2 Democracia, Legitimidade Democrática e a Interdependência Financeira Entre Mercados Financeiros e os Direitos Constitucionais Econômicos e Sociais

Em outro vértice, apresenta-se como justificativa de cunho muito mais complexo, amplo e polêmico, o exame a legitimidade democrática de decisões tomadas no âmbito regulatório do setor financeiro e bancário internacional sem a presença do Estado, já que as instâncias decisórias nem sempre garantem um mecanismo de reprodução do processo decisório democrático e dos mecanismos de participação popular em nível internacional. População essa, que sofre impacto direto das atividades praticadas por bancos internacionalmente ativos.

Ressalta-se, portanto, que as conseqüência da atividade bancária transnacional vão além da política econômica de um Estado Democrático de Direito, criando neste ponto um embate claro entre política e economia, entre a reduzida capacidade do Estado de participar da regulação do mercado bancário transnacional

e a pressão dos “capitais financeiros” e dos “mercados transnacionalizados” para a efetivação de regras próprias que passam ao largo dos processos decisórios amparados na soberania popular. Esse embate está bem descrito na passagem a seguir:

Democracia e capitalismo sempre guardaram uma forte, permanente e indissolúvel relação de tensão. Por um lado, o capitalismo é uma força de acumulação que não suporta limites. É uma mecânica cuja força motriz é a continuação de uma acumulação sem fim. Por isso, a acumulação capitalista tem de ser mantida tão desimpedida quanto possível de restrições legais e constrangimentos fiscais determinadas por critérios de ordem política e ideológica. Por outro lado, como responde a anseios e interesses definidos com base no sufrágio universal e na regra da maioria, a democracia representativa possibilita a imposição de limites à lógica capitalista e ao jogo financeiro, com o objetivo de assegurar algum equilíbrio entre enriquecimento privado e justiça distributiva. [...] Com isso, justamente num momento em que os valores democráticos alcançam um prestígio inédito na história, as condições de sua efetivação paradoxalmente parecem se esvaír. (FARIA, 2011. p.37,38)

Torna-se claramente observável que os processos de desregulamentação e autorregulação financeira de forma exclusiva pelos agentes do mercado, passam a representar também um “déficit de legitimidade”, no que existe atualmente de regulação financeira internacional:

O déficit de legitimidade existente no atual cenário de regulação financeira internacional pela composição das entidades é um fator que aumenta este problema, pois mesmo que as normas supranacionais sejam elaboradas e aplicadas eficientemente neste âmbito, quando os problemas a serem enfrentados a adentrarem as fronteiras dos Estados nacionais esta aplicabilidade pode restar comprometida. Vale lembrar que o escopo de regulação transnacional deve ser manter o equilíbrio financeiro do mercado de derivativos, reduzindo as suas falhas e com o devido cuidado de não causar prejuízos ainda maiores através de falhas de regulação. Uma ordem regulatória composta por um corpo institucional legítimo está muito mais apta a aplicar normas a um mercado que muitas vezes não tem fronteiras definidas. (NASSAR, DIAS p. 2357).

No pensamento de Ferrajoli (2005, p. 110), destaca-se que até recentemente os mecanismos de construção do consenso vigentes nas democracias ocidentais funcionavam como fatores de “inclusão”, “afirmação da igualdade” e “expansão dos direitos”. Porém, tais consensos passam a dar lugar cada vez mais a decisões tomadas por executivos ou instituições sem lastro democrático (DE PAULA, CENCI, 2011). Em razão desse processo, rompe-se o nexos clássico

existente na democracia entre “democracia/povo e poder decisório/Estado de direito”, tradicionalmente mediado pela política desenvolvida no âmbito da instituição Estatal. O caminho para o enfrentamento desse déficit de legitimidade passa, no entender de Ferrajoli (2005, p. 116), pela rediscussão do papel do Estado, mas, também, da ordem internacional. O principal problema reside na ausência de uma “esfera pública internacional” que permita enfrentar os velhos e novos problemas contemporâneos: “paz, segurança e direitos fundamentais”.

Entretanto, não se pode olvidar que as formas de autorregulação do mercados financeiros internacionais, e os mecanismos de estabelecimento de regras por meio da governança privada, são constantemente subsidiados por propostas que lhe buscam conferir a necessária legitimidade democrática. (BLACK, 2008; BLACK & ROUCH, 2008; SLAUGHER, 2003) Especificamente em relação à regulação bancária transnacional, registre-se a posição de WHEATLEY (2007), que analisa a legitimidade democrática de instrumentos como os mencionados acordos feitos no âmbito do BIS em relação à atividade bancária com base nos mesmos pressupostos de legitimação apresentados por Habermas. Diante da impossibilidade de existir e se instituir atualmente um processo democrático de âmbito global, pode-se apenas admitir duas soluções: trabalhar no sentido de se construir uma ordem democrática global ou tornar as instituições democráticas protegidas das normas que surgiram sem a participação popular.

Com as devidas ressalvas, importante se faz uma referência a estudo anteriormente realizado (DE PAULA, CENCI, 2011), que realizou uma análise do quadro institucional do BIS, constando-se que a sua própria composição já levanta dúvidas quanto à sua legitimidade democrática e suficiência de seu multilateralismo, na medida em que a mencionada composição da Mesa Diretora inclui com iguais poderes de voto e veto, autoridades monetárias representantes dos Estados e participantes da indústria bancária, prevendo a seguinte composição: a) os presidentes dos banco centrais (Bélgica, França, Alemanha, Grã-Bretanha, Itália e Estados Unidos); b) seis pessoas representantes de instituições financeiras, comércio e indústria apontados por um dos presidentes dos bancos centrais dos países acima mencionados; Somente então: c) “Não mais de nove pessoas eleitas

pela Mesa Diretora por uma maioria de 2/3 entre os presidentes de bancos centrais que não indicam diretores para a mesa”.⁴⁴

Nesse vértice, essa ressalva é importante porque a instituição prevê, por exemplo, no Artigo 14⁴⁵ de seu regulamento, alguns dispositivos como: o que estabelece que a representação e voto será exercida pelo número de quotas acionárias subscritas pelo banco central do país, além da disposição que prevê no caso de o banco central respectivo desistir do exercício de seu direito de participação e voto, que o mesmo será substituído por uma “instituição financeira de largo reconhecimento”, e ademais, quando não houver banco central, direitos serão exercidas por uma instituição financeira apropriada do país em questão, indicada pela mesa diretora.

Deste modo, é possível concluir que na atualidade, ainda se vê a regulação financeira e bancária internacional sob a égide de instituições multilaterais não suficientemente abertas à participação dos Estados Contemporâneos, organização política que ainda traz em sua estrutura uma representatividade democrática na forma de um sistema político. Ainda que criticada, a representatividade democrática do Estado Democrático de Direito não foi substituída de forma suficiente no âmbito transnacional quando se trata da organização dos mercados financeiros. De efeito, a pesquisa pode concluir que os modelos de legitimação das decisões apresentados para substituir a representatividade

⁴⁴ No original (BASEL, 2005): “**Article 27:** The Board shall be composed as follows: (1) The Governors for the time being of the central banks of Belgium, France, Germany, Great Britain, Italy and the United States of America (hereinafter referred to as *ex-officio* Directors). Any *ex-officio* Director may appoint one person as his alternate who shall be entitled to attend and exercise the powers of a Director at meetings of the Board if the Governor himself is unable to be present.(2) Six persons representative of finance, industry or commerce, appointed one each by the Governors of the central banks mentioned in clause (1), and being of the same nationality as the Governor who appoints him. If for any reason the Governor of any of the six institutions above mentioned is unable or unwilling to serve as Director, or to make an appointment under the preceding paragraph, the Governors of the other institutions referred to or a majority of them may invite to become members of the Board two nationals of the country of the Governor in question, not objected to by the central bank of that country. Directors appointed as aforesaid, other than *ex-officio* Directors, shall hold office for three years but shall be eligible for reappointment. (3) Not more than nine persons to be elected by the Board by a two-thirds majority from among the Governors of the central banks of countries in which shares have been subscribed but of which the central bank does not delegate *ex-officio* Directors to the Board.The Directors so elected shall remain in office for three years but may be re-elected”. Disponível em: <http://www.bis.org/about/statutes-en.pdf>.

⁴⁵ No original (BASEL, 2005): “**Article 14:** The ownership of shares of the Bank carries no right of voting or representation at the General Meeting. The right of representation and of voting, in proportion to the number of shares subscribed in each country, may be exercised by the central bank of that country or by its nominee. Should the central bank of any country not desire to exercise these rights, they may be exercised by a financial institution of widely recognised standing and of the same nationality, appointed by the Board, and not objected to by the central bank of the country in question. In cases where there is no central bank, these rights may be exercised, if the Board thinks fit, by an appropriate financial institution of the country in question appointed by the Board.”

democrática na tomada das decisões em nível transnacional que foram analisados não se aproximam da substancialidade do sistemas democráticos do Estado Democrático de Direito, ainda que com todas suas vicissitudes da atualidade.

Por outro lado, o simples fato de o Estado nacional ter perdido a capacidade de articulação normativa e do estabelecimento de políticas macroeconômicas sobre a economia global e transnacional torna-se motivo de preocupação em relação aos direitos fundamentais garantidos por suas constituições, que demandam alto gasto público, sendo que a situação parece se agravar ainda mais com advento da atual crise econômico-financeira mundial de 2007/2008, cujas respostas em busca de uma solução de prevenção para que não aconteça novamente ainda se mostram longe de serem alcançadas.

Observa-se, então, novamente o problema do critério democrático das decisões tomadas sem a participação do Estado Contemporâneo, já que como consequência, muitas dessas decisões que afetam profundamente a vida e a forma de vida de determinadas comunidades ou até mesmo de Estados inteiros, passam a margem de processos de decisão sustentados em pressupostos democráticos, e mesmo quando as decisões passam pelas estruturas Estatais, acabam adquirindo um roupagem técnica que afasta qualquer viés de deliberação que possa problematizar os fins, isto é, as possíveis consequências das decisões a serem tomadas. Nesse sentido, Sen (2000, p. 186) assevera:

Deste modo, em um cenário anterior a recente crise que ultrapassou diversas barreiras nacionais, nota-se o papel imprescindível de um ambiente democrático e aberto ao discurso quando a sua comprovada utilidade na prevenção de desastres econômicos é, em si, importantíssima. Quando as coisas correm bem, a ausência desse papel da democracia pode não ser fortemente sentido. Mas ele fala muito alto quando a situação piora, por uma razão ou por outra. Desta forma, resta claro que é este o momento a se discutir para evitar falhas de regulação por conta de déficit democrático, tendo em vista que não só a força da discussão pública é um dos correlatos da democracia, com um grande alcance, como também o seu cultivo pode fazer com que a própria democracia funcione melhor. (SEN, 2000, p. 186)

Por conseguinte, a proposta feita aqui consiste na tentativa de examinar o tema da legitimidade democrática sob uma outra perspectiva, na medida de que a ausência de déficit democrático, por si só, caracterizaria uma discussão autônoma por implicar em uma abordagem político-filosófica cuja complexidade e

desdobramentos não seriam possíveis de ser esgotados no presente trabalho. Com efeito, o argumento que se pretende demonstrar é que no âmbito da regulação bancária internacional (e da regulação financeira de um modo geral), não se foi capaz de reproduzir um mecanismo de representatividade democrática correspondente ao existente dentro dos sistemas políticos dos Estados Democráticos de Direito Contemporâneos, o que leva a questionamento das legitimidade democrática das regras que são produzidas em âmbito transnacional sem a participação do Estado.

Assim, adotando-se o ponto de vista eminente jurídico e demonstrando que as propostas de atribuir um caráter de legitimação democrática à autorregulação financeira e a governança se dariam de forma eminentemente formal, parte-se para uma outra direção, com o objetivo demonstrar que há um conteúdo fundamentabilidade na necessidade atual de participação do Estado no arcabouço normativo da atividade bancária transnacional, já que as decisões tomadas no âmbito dessas novas instâncias regulatórias policêntricas e informais, e também suas consequência, tem impacto direto na esfera jurídica de toda a população mundial. Esfera de direitos essas, que os Estados se compromete a tutelar em suas constituições.

Registre-se que a crescente financeirização da riqueza, uma das principais características da já amplamente debatida Globalização econômico-financeira, foi essencial para criar vínculos contratuais de natureza financeira entre quase toda a população mundial economicamente ativa. Essas pessoas, de maneira direta ou indireta, mantêm um vínculo contratual de crédito ou empréstimo com uma instituição bancária, para adquirir os bens, financiar seus negócios e utilizar de todas as operações que a atividade bancária fornece. Em último caso, se não possuir diretamente um relação com os bancos, as pessoas trabalham para alguma empresa mantém esse vínculo. Nesse sentido, destaca-se o os estudos de Castro (2010, p.42):

Outro elemento de verificação estabelecido sob a aproximação da Análise Jurídica da Política Econômica é a consideração da economia de mercado como caracterizada por múltiplos agregados contratuais, e não contratos existentes em separado de um contexto dinâmico e estabelecido separadamente por partes iguais. Então, ao invés de se apoiar na concepção liberal de contrato, de acordo com a qual partes iguais fixa acordos racionais que são mutuamente benéficos, a abordagem alternativa proposta sob a Analise da política econômica considera que muitos (em uma economia de mercado, de

forma mais acentuada) direitos e diferentes tipos de propriedade resultam de múltiplas transações e movimentos estratégicos que ocorrem entre diversos agentes econômicos, que participam simultaneamente em diferentes mercados nacionais e internacionais.

Observa-se que o autor, utilizando-se de instrumentos de uma disciplina denominada Análise Jurídica da Política Econômica, que se foca nas agregações contratuais e na arquitetura dessas redes contratuais, estabelece uma relação empírica entre as articulações contratuais de direitos em suas reais dimensões monetárias, sua real possibilidade de usufruto, as estruturas contratuais dos mercados financeiros e suas conexões com a política econômica para área financeira:

Essa forma de abordagem de agregados contratuais abre a possibilidade de elaborar descrições de relações entre “contratos da economia real” e sua relação com os contratos e os contratos financeiros. O que é trazido ao escrutínio da Análise Jurídica da Política Econômica são pelo menos duas importantes situações envolvendo a arquitetura desses agregados contratuais (macro redes contratuais). A primeira envolve a circunstância de que a participação em múltiplos contratos podem afetar a possibilidade de um cidadão (em oposição a um agente econômico) exercer direitos fundamentais ou humanos. Um indivíduo envolvido simultaneamente em um (i) contrato de trabalho pelo qual sua renda é gerada; (ii) contrato de plano de saúde; (iii) contrato de energia elétrica para sua residência ; (iv) contrato de fornecimento de serviços de internet de banda larga; (v) etc., pode falhar em usufruir os direitos de saúde, de acesso à informação, ainda mais se os preços dessas utilidades tiverem uma variação desproporcional em relação à renda recebida por meio do contrato de trabalho. (CASTRO, 2010, p.43)

Essa premissa pode ser utilizada para discussão sobre a possibilidade inclusão do Estado no âmbito regulatório de todas as transações financeiras levadas a nível internacional. Entretanto, centralizar a discussão exclusivamente na relação entre o Estado e as relações bancárias é justificada pelo fato de que os bancos representam o vínculo entre a “economia real” e a “economia virtual”, sendo que esta está disseminada na seara dos mercados financeiros transnacionais.⁴⁶ Assim, é certo que, independentemente do modo que o atual quadro de mobilidade do capital e das relações de interdependência existentes nas relações bancárias transnacionais, a atual estrutura dos mercados financeiros globais em que as instituições bancárias estão envolvida geram oportunidades para

⁴⁶ Esse vínculo é representado, em grande parte, pela formação do que se denomina de shadow banking system, conforme visto anteriormente.

grandes ganhos, negócios bilionários e atenção ao princípio da eficiência econômica. Entretanto, os mecanismos criados para sua regulação e os modelos de autorregulação (influenciado pelo paradigma do mercado eficiente) não se mostraram suficientes para gerir o risco dessas atividades, que não se tratam de riscos meramente econômicos, mas de riscos sociais, porque afetam diretamente o nível de renda, desemprego e crescimento:

Daí decorre também a intensificação da interdependência das instituições financeiras e uma maior exposição ao risco decorrente das quebras de bancos e em razão da volatilidade do capital. As crises dos anos 90 mostraram que seus efeitos, em âmbito global, influenciaram negativamente o crescimento econômico e a estabilidade social (EATWELL *et al*, 2006)

Nesse contexto, é evidenciada a essencial vinculação existente entre as decisões, regulações, gestão do risco, estabilidade, eficiência nas relações financeiras (negócios jurídicos) desenvolvidas no setor bancário transnacional e as esferas jurídicas de toda a população mundial. A crise financeira de 2007/2008 foi diferente de todas as outras crises do setor bancário justamente nesse ponto, por afetar diretamente a proteção dessas esferas jurídicas, que abrangem principalmente direitos econômicos e sociais estabelecidos na constituição dos Estados Nacionais. Sobre a problematização da questão econômica e social em termos globais e seu vínculo com o Estado e o direito ter sido retomada com a atual crise econômica, destaca-se os seguintes aspectos

(a) nunca alguma civilização possuiu, em termos planetários, o poder de destruição econômica da sociedade industrial atual; (b) agora não mais apenas as camadas mais pobres da população são afetadas; (c) possibilidade real do colapso do modo de produção baseado no uso intensivo de especulação financeira sem garantias; e (d) a economia mundial necessita de proteção ante a verificação concreta de riscos iminentes à existência do mercado ou à sua mínima qualidade e dimensão. Qualquer que seja a conjectura correta, o certo é que as relações diretas da economia com o direito, atuações políticas dos Estados e agentes de mercado, sempre careceram de limites que servissem à prevenção de degradação ou possibilitassem a reparação dos prejuízos já causados, sendo tal necessidade criticamente atual e essencialmente urgente. (CUNHA, 2009, p.350):

Exemplos recentes de crises bancárias, como a crise de 2007/2008 e a fraude realizada por anos pela alta cúpula do Barclays na taxa LIBOR⁴⁷, que alteraram propositalmente a taxa de empréstimo interbancário para obter lucros em detrimento do sistema, afetam a renda das famílias, já que com base na mesma taxa manipulada flutuaram as taxas aplicadas a empréstimos bancários, hipotecas e financiamentos estudantis. Esses são exemplo de como as decisões e distúrbios macroeconômicos que acontecem nas atividades bancárias transnacionais apresentam um impacto direto na esfera jurídica de toda população mundial, sendo visualizado, por si só, com alguns números da crise: cerca de 3 milhões de pessoas ficaram sem suas casas em 2008, com a estimativa de que esse número ultrapasse 10 milhões em 2011, foi vista forte queda na demanda de bens de consumo duráveis, levando a atividade econômica global a recuar 1,9% em 2009, e iniciou-se um período “de recessão no sistema de crédito internacional e de contração nos fluxos de capital, provocando depreciação cambial nos países emergentes e uma crise de balanço de pagamentos nos países com situação financeira mais frágil.” (FARIA, 2009, p.300).

Destaca-se, outrossim, que a crise econômica mundial pode inclusive comprometer o cumprimento das Metas de Desenvolvimento do Milênio na América Latina e no Caribe, conforme demonstra o estudo divulgado pela Comissão Econômica para América Latina e Caribe (Cepal), que destaca que no período entre 2002 e 2008, a região mostrou avanços em setores como a universalização do ensino básico e redução da pobreza, mas o impacto da crise iniciada em 2008, pode acabar fazendo com que alguns países não consigam atingir as metas, sendo uma das principais a redução da pobreza extrema pela metade até 2015, data estabelecida na Declaração do Milênio das Nações Unidas (CEPAL, 2008).

Não há como negar, ainda, a existência uma nova onda de aumento das áreas de informalidade e desregulamentação de vários setores da economia e das relações de trabalho, com o aumento da precarização e tendência de prevalecer atividades laborais em tempo parcial:

⁴⁷ Sobre o tema, Castro (2012): “ Em razão do impacto em todos tipos de contrato da econômica e dos parâmetros que influenciam muitas políticas das finanças públicas, a ganância da especulação financeira pode levar à diminuição da capacidade de pessoas usufruírem de direitos fundamentais, como educação, quando as taxas de financiamento universitário se elevam, o acesso à tratamento de saúdes, quando orçamentos de serviços sociais são quebrados, etc.”

A *repartição do emprego*, uma alternância entre grupos de trabalhadores em determinados períodos nos seus empregos, de forma a possibilitar que, pelo menos por certo tempo, as pessoas fiquem empregadas e empregos temporários, transformação frágil e temerária de empregados em proprietários de suas próprias empresas unipessoais, para prestarem serviços aos seus antigos empregadores, e crescimento do desemprego e do subemprego podem se mostrar constantes, potencializando ainda mais as diferenças sociais e, provavelmente, influenciando a taxa e modalidade de criminalidade, gerando um cenário de *degradação social*. De igual forma, a capacidade das grandes empresas influenciarem politicamente as decisões e as ordens públicas e tributárias dos Estados, aliada à sua mobilidade mundial, poderá submeter legiões de empregados a uma insegurança global. (CUNHA, 2009, p. 355)

Saliente-se que a multiplicação, na atualidade, de manifestações da sociedade civil por todo o mundo, tendo como alvo direta ou indiretamente os problemas causados pela recessão econômica gerada pelas crises deflagradas, é outro fator que pode ser considerado como consequência da crise econômico-financeira que se desencadeia em nível mundial, e indicativo do seu impacto nos direitos sociais.⁴⁸

Portanto, não restam dúvidas no sentido de que o crescimento das demandas sociais, combinado com a ascensão de um modelo de sociedade complexa que contribuiu para a crise no modelo de Estado anteriormente abordada, criou um paradigma que muito tempo antes da crise financeira atual já vinha sendo problematizado do ponto de vista jurídico: a multiplicação de demandas sociais, a conquista e a positivação de novos direitos coincide com a diminuição da capacidade do sistema político Estatal de atendê-las:

Essa pressão mostra-se triplamente desafiadora ao Estado, pois as demandas se apresentam (a) crescentes, em face do contínuo aumento das expectativas sociais, (b) gradualmente mais complexas e contraditórias e (c) apontam para a impotência do Estado em responder a elas, quer por exigüidade de recursos, quer por inadequação de fluxos e procedimentos. (MARQUES NETO, 2002, p.116)

⁴⁸ Pode-se citar como exemplo, além dos distúrbios violentos que ocorreram por seguidos meses na Grécia contra as medidas de austeridade que estão sendo impostas pelo governo no contexto de recuperação do crescimento da atividade econômica e redução a assustadora dívida pública, na Espanha o movimento 15-M, ocorrido em março e abril de 2011, com reivindicações relacionadas ao desemprego de jovens, diminuição de salários e cortes com a educação, e mais recentemente, em Nova York, o movimento denominado “Occupy Wall Street”- Ocupar Wall Street, atualmente organizando protestos nos Estados Unidos contra o desemprego e a “ganância corporativa”, que tem como alvo o principal centro financeiro mundial, e também marco simbólico da crise econômica deflagrada no mercado imobiliário norte americano em 2008.

Deste modo, se por um lado Estado passa a estar impossibilitado de estabelecer a coordenação macroeconômica e desprovido de autonomia na formulação de estratégias regulatórias, já que elas passam a definidas, negociadas e organizadas em outro âmbito, por organismos multilaterais além de entidades internacionais, de outro, torna-se crescente a responsabilidade para com as conseqüências em nível local da crise. Quanto maior se mostra a “crise social”, menor é a capacidade do Estado de dispor de fontes de investimento e de linhas de financiamento para atender as demandas de segmentos sociais mais pobres[...]”(FARIA, 2011, p.39), além da que permite formular políticas compensatórias típicas dos Estado social-democrata, devido à resistência quanto à utilização de transferências fiscais e à capacidade de endividamento do setor público.

No entanto, não é possível se esquivar da seguinte contradição: enquanto o fenômeno internacionalização do direito é característica dos poderes de regulação da atividade bancária (que deixaram, invariavelmente, de serem exercidos em grande medida pelo Estado) e a proteção dos direitos humanos (geralmente estabelecendo-se garantias contra o próprio Estado), verifica-se que as competências relativas à prestação e garantia de direitos sociais, asseguradas por pactos internacionais de direitos humanos e suas respectivas constituições (Pacto Internacional Sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – art. 2º,§1), continuam tendo sua principal, senão exclusiva, referência no Estado nacional Contemporâneo. Assim, saúde pública, educação pública, seguridade social e demais direitos congêneres ainda são custeados pelo Estado, e tem sua eficácia atrelada à viabilidade do orçamento público, que, por sua vez, é dependente da política econômica Estatal.

Assim, mesmo diante do fenômeno da globalização econômica e financeira e da internacionalização de sua regulação, que retirou determinados poderes do Estado na sua possibilidade e efetividade de intervenção na área econômica, transferindo-os para níveis policêntricos e transnacionais, o mesmo parece não ter ocorrido, pelo menos com a mesma intensidade, com determinadas demandas, quase sempre traduzidas em direitos fundamentais sociais, que são de responsabilidade exclusiva dos Estados nacionais Contemporâneos. Nesse sentido, destaca-se que traz PIOVESAN (2002, p.67) informa sobre como o impacto de transformação e desagregação da análise aqui anteriormente explorada sobre

transnacionalização dos mercados financeiros sobre as estruturas político-institucionais, constata-se o comprometimento da vigência dos direitos humanos, em especial dos direitos sociais. Em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, essa violação implica também a de direitos civis e políticos.⁴⁹

Ressalta-se, outrossim, que essa já problemática discussão sobre o papel do Estado Contemporâneo e os direitos fundamentais sociais é agravada diante da necessidade de implantá-los não só em um cenário de crescimento e estabilidade econômica, mas também num cenário de escassez de recursos. Após a crise econômico financeira mundial iniciada no setor bancário, atingiu-se em um cenário de recessão mundial, passando-se da crise da dívida privada para a crise da dívida pública, aproximando alguns Estados do *default* e colocando-se uma rediscussão sobre regulação e supervisão das atividades bancárias transnacionais, âmbito em que a crise instalada se alastrou.⁵⁰

Portanto, os direitos sociais demandam uma atuação provedora do Poder Executivo e Legislativo, formulando políticas públicas e prestando serviços essenciais, que pressupõe, por sua vez, dotações orçamentárias específicas dependentes da receita fiscal e, por conseqüência, sucesso ou fracasso de políticas tributárias, de modo que, quando as políticas tributárias são ineficientes, ou no caso aqui abordado, apresentam arrecadação aquém do previsto ou necessário, em razão da redução da atividade econômica objeto da tributação (como é o caso de uma crise econômica), não conseguem levantar os recursos necessários tanto para custeio quanto para investimento.

O problema é que a ordem constitucional interna não permite retrocesso aos direitos fundamentais sociais assegurados, atingindo-se um paradigma no qual ainda devem ser feitas discussões, pois muitas vezes, para que seja possível o recebimento de ajudas financeiras externas e de reestímulo econômico no “combate” à crise mundial, pressionado por seu déficit na dívida

⁴⁹ De acordo com a concepção apresentada, portanto, quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que a uma classe de direitos (civis e políticos) se destina reconhecimento e respeito e outra (direitos sociais, econômicos e culturais), não. Sob a ótica normativa internacional mostra-se definitivamente “ [...] superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A idéia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica, e não científica.” (PIOVESAN, 2004, p.26), isto porque são eles verdadeiros, autênticos direitos fundamentais que apresentam acionabilidade e exigibilidade e demandam uma séria e responsável observância, sendo possível serem reivindicados como direitos e não como generosidade ou compaixão.

⁵⁰ Sobre as possíveis relações causais da crise bancária de 2008 na recessão e crise na dívida dos Estados da Zona do Euro (à partir de 2010), de forma antecipada: Beluzzo (2009) e analisando-a: De Grawe (2011).

pública, passa a o Estado a ser obrigado a “relativizá-los”, com cortes nos gastos com a área social, demissão de funcionários públicos, aumento do rigor nos critérios para aposentadoria e outras medidas que, por mais que muitos reduzam a “impopulares”, representam, num contexto histórico, desenvolvimento e conquistas dos direitos e garantias fundamentais sociais, e desprovendo-se de qualquer critério ideológico assim como desprezando-se os contextos específicos geradores da crise sofrida pela economia do país, um fato que analisado por si só representa para o constitucionalismo, para o direito internacional dos direitos humanos, inegável involução.⁵¹

Alguns autores destacam que a regulação bancária e busca da estabilidade no setor não deve se pautar exclusivamente pelo critério da eficiência econômica, tendo também como objetivo a “regulação social”. (SADDI, 1999, p. 29) destaca que “Interessa ao direito, portanto, que tais mecanismos estejam em perfeito funcionamento para que se tenha assegurada uma condição em quem prestadores possam emprestar e tomadores de empréstimo possam pedir emprestado, sem que haja nenhuma ruptura no mercado de crédito”. DYMSKI (2005), por sua vez, registra que a regulação do setor bancário deve também atender a uma função social, já que é fator determinante para o acesso amplo ao crédito, não sendo suficiente que essa atividade seja meramente lucrativa. Já FLORENZANO (2004) demonstra traduz a importância do conceito de eficiência social:

[...] as instituições financeiras têm como responsabilidade social para com a comunidade na qual estão inseridas, que se pode traduzir pelo dever de proporcionar acesso aos produtos e serviços do sistema financeiro a todos os setores da sociedade, e não apenas à clientela de alta renda. Portanto, a responsabilidade a que estamos nos referindo implica o dever de proporcionar acesso ao sistema financeiro às camadas de baixa renda, incluindo pequenos agricultores, pequenas e microempresas, e os pobres em geral. (FLORENZANO, 2004, p. 95)

Deste modo, a atual configuração econômico-financeira da economia internacional globalizada foi responsável por criar uma rede vínculos jurídicos policêntricos que influenciam as esferas jurídicas de praticamente toda a população mundial, afetando os direitos e interesses de todos, sendo indiferente que

⁵¹ O prejuízo causado aos direitos humanos fundamentais, decorrente de uma recessão econômica também cria outro problema ao ser visto sob a ótica constitucional, ao se tomar a idéia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p.8,9).

os cidadãos mantenham um vínculo formal com uma instituição bancária. Essa circunstância impede que o Estado abra mão de realizar a política econômica e a produção jurídica regulatória e de supervisão no âmbito do setor bancário transnacional, já que os Estados se comprometem a tutelar em suas constituições, influenciados as decisões tomadas no âmbito das novas instâncias regulatórias policêntricas e informais e suas conseqüências.

3.2.3 O Estado Contemporâneo e Seu Papel no Futuro da Regulação e Supervisão da Atividade Bancária Transnacional

Portanto, da análise dessas circunstâncias e das regras que dispõe sobre a matéria no Acordo de Basiléia, extrai-se que o Estado Contemporâneo ainda representa importantíssimo ponto de referência no arcabouço de regulação e supervisão do setor bancário transnacional. Muito embora a centralização da produção jurídica regulatória no Estado para o setor não seja mais viável e muito menos empiricamente observável, é certo que se mostra equivocada a visão que até pouco tempo era predominante, quanto ao direito produzido no Estado por meio de seus instrumentos de regulação e supervisão, não terem relevância ou aplicabilidade no setor, diante das intensas transformações que os mercados financeiros passaram com o processo de globalização e internacionalização econômica. Casesse (2006, p. 673) pontifica que em face da existência de diversos sistemas regulatórios globais, a centralidade do Estado para a noção de poderes públicos se tornou uma ilusão de ótica, mas isso não significa que a ordem legal global suplantou o Estado, nem que tenha se tornado dominante.

Nesse sentido, constata-se que a pesquisa realizada demonstra a necessidade de inclusão do Estado Contemporâneo dentro do arcabouço normativo que regula as atividades bancárias transnacionais, por apresentar, sob uma perspectiva jurídica, grande relevância o exercício do poder de regulação e supervisão desta área que se revela essencial à qualquer das economias nacionais. Destaca-se que essa relevância e necessidade empírica do poder regulatório do Estado mostra-se presente ao menos nos três aspectos aqui abordados: a impossibilidade de cisão entre os aspectos estruturais de Estados e do mercado bancário; a inegável vinculação entre as esferas jurídicas de toda população economicamente ativa e os negócios jurídicos que são as atividades bancárias transnacionais; e a crise de

democracia provocada pela ausência da presença do poder regulatório Estatal no setor, deixando aqueles que são indiretamente afetados pelos negócios bancários transacionais sem a participação da organização política institucional que os representa.

É importante ressaltar que não se deixa de reconhecer o fato de que *“a globalização dos mercados financeiros, resultante de distintas forças e diferentes processos ocorridos em várias escalas espaciais e temporais, envolve hierarquias causais complexas e intrincadas”*. (FARIA,2011) Em consequência, o fenômeno da globalização econômica e financeira torna necessária uma interpenetração de escalas diferentes de organização social, que se diferencia da forma unilinear (do tipo bottom up ou top down) que caracteriza a conhecida metáfora do Estado como pirâmide escalonada de normas, representando o sistema jurídico como o conjunto de normas que organizam o aparato estatal, estabelecendo competências e disciplinando o exercício do poder, com a incidência de regras de Direito Civil e Direito Comercial para reger as relações econômicas as atividades produtivas. (FARIA,2011)

Outrossim, é certo que a nova configuração dos mercados financeiros internacional, onde se insere a atividade bancária transnacional, exige também um novo direito que se pautar no Direito Internacional Público tradicional e consiga das respostas a problemas que se tornaram mais complexos. Se no passado discutia-se a regulação Estatal da atividade bancária transnacional com base no comércio entre as nações (padrão ouro), e posteriormente por meio dos Tratados internacionais entre os Estados (acordos de Bretton Woods), hoje o alto grau de “especialização funcional” torna a tarefa muito mais difícil, uma vez que ao invés de um aparato normativo centralizado no Estado temos redes que funcionam de forma independente e, em certas ocasiões, contra os interesses e aparatos legais nacionais.

Ressalta-se, novamente, a principal problematização da presente monografia, no sentido de que essas decisões são técnicas ou sintonizadas apenas com a lógica do subsistema a qual pertencem, não abrem espaço para o “debate público”. Com isso muitas decisões que afetam profundamente a vida e a forma de vida de determinadas comunidades ou até mesmo de Estados inteiros, passam a margem de processos de decisão sustentados em pressupostos democráticos (PAULA, CENCE, 2011). Deste modo, mesmo quando as decisões passam pelas

estruturas estatais, acabam adquirindo uma roupagem técnica que afasta qualquer viés de deliberação que possa problematizar os fins, isto é, as possíveis consequências das decisões a serem tomadas.

Assim, a participação de Organizações Internacionais (onde o Estado é exclusivamente representado em seu âmbito político) para tratar das questões do setor se reduziu praticamente a zero dentro do setor bancário transnacional. Torna-se inquestionável, portanto, que à partir das transformações ocorridas no sistema capitalista na década de setenta e a ascensão da globalização econômica nas últimas décadas do século XX consolidaram o BIS como instância reguladora informal das atividades bancárias transnacionais, e a principal referência como produtor das normas-padrão a serem adotadas pelas autoridades regulatórias nacionais no âmbito do mercado bancário interno.

Constata-se que as leituras realizadas se materializam na forma em que foram construídas as regras dos arts.780-783 do II Acordo de Basiléia, sendo este o principal instrumento jurídico, na forma de *soft Law*, responsável por estabelecer os parâmetros da regulação e supervisão da atividade bancária transnacional. Assim, visualiza-se que o Estado deixou de centralizar as discussões sobre a regulação e supervisão do cada vez mais globalizado mercado bancário, que passaram a se dar no âmbito de uma instituição internacional sob a forma de organização privada (o BIS).

Com base nessas assertivas, pode-se concluir que o principal impacto da globalização econômica sobre os poderes do Estado intervir do setor bancário transnacional, não acarretou na começar a tratar do assunto de forma internacional, pois o Estado já estava se reunindo para tratar de forma internacional a atividade bancária transnacional há muito tempo (sob as regras do padrão ouro e posteriormente através do arranjo dos Acordos de Bretton Woods). Na verdade, a mudança se deu na transferência dos foros de discussão sobre os poderes de regulação e supervisão, para fora do âmbito do Direito Internacional Público, na medida que o tema deixou de ser objeto de tratados internacionais e das discussões feitas por Organizações Internacionais.

Assim, enquanto o processo de internacionalização do direito no âmbito da regulação bancária, fortemente marcada pelo fenômeno do pluralismo jurídico, se torna um processo irreversível, conclui-se no sentido de ser essencial a discussão sobre uma maior influencia do Direito Internacional Público, que nada

mais é do que a retomada da maior da participação das relações entre os Estados na supervisão e regulação da atividade bancária transacional, diante da necessidade da criação de um *locus* público para a regulação do setor, sendo que até o presente momento, essa representação seria realizada pelo Estado. Nesse sentido, destaca-se a observação feita por Cruz e Ferrer (2011, p.96).

O problema maior da economia e das finanças globalizadas, derivado das entranhas da modernidade, emerge da base da sua filosofia de liberdade política: emerge do capitalismo e do liberalismo econômico, como anota Friedrich Muller. Tem-se a sensação de que se está saindo de um ciclo político que dominou os últimos dois séculos, mas a falta de alternativa está levando o mundo a uma crise financeira sem precedentes; e não há evidências capazes de sugerir, ainda, quais serão os termos futuros da confrontação política. O espaço ainda não explorado pela política e criado pela mundialização do capitalismo demonstra a necessidade de um *locus* de poder público entre os estados nacionais.

Essa nova configuração revela a necessidade de uma convergência direcionada a inserção do Estado Contemporâneo na regulação da atividade bancária transnacional, com a conseqüente atribuição de uma maior relevância ao Direito Internacional Público nas áreas em que existe a total predominância da regulamentação privada. Nesse sentido, busca-se a convivência entre dois regimes normativos distintos, delimitando-se papéis específicos para a autorregulação, através da governança e da busca da eficiência sob o critério econômico, com a utilização dos instrumentos informais e desinstitucionalizados, e também por meio do estabelecimento de padrões não obrigatórios, normas técnicas e governança corporativa. Porém, também se estabelece áreas de atuação delimitadas às regras formuladas pelo Direito Internacional Público, por meio fixação das regras e princípios, a serem compatibilizados com as formas de autorregulação financeira por meio da subsidiariedade (FARIA, 2011, p.57); (RODRIG, 2011, p.264-265)

Neste ponto, destaca-se interessante estudo feito por Cafaggi e Janczuk (2010, p.227) no âmbito regulatório das atividades bancárias dentro da União Européia. Em que pese a regulação dentro do continente europeu não seja objeto de estudo da presente monografia por suas extensas especificidades decorrentes do Direito de Integração, no seguinte trecho extrai-se a lógica da proposição aqui debatida, no sentido de coexistirem um regime legal de Direito Público como um de regulação privada, de forma complementar.

Os livros de regras (privados) regulam somente a esfera interbancária, por exemplo, eles estabelecem regras para ser seguidas por bancos no processamento de pagamentos, assim como os direitos e obrigações dos bancos nas relações entre si. Esses livros não especificam os direitos e obrigações dos bancos em relação aos consumidores e vice versa. Esses direitos e obrigações são regulados pelo PSD, que é o marco regulatório público que tem por foco a integração de pagamentos interbancários na Europa. O sistema atual é composto de um espaço regulatório privado que abrange as relações interbancárias e um espaço relatório público que concerne as relações entre bancos e consumidores, baseado em uma divisão do espaço regulatório baseado na natureza dos agentes que dele participam. (CAFAGGI E JANCZUK, 2010, p.227, tradução livre)

Deste modo, a posição do Estado Contemporâneo dentro da regulação e supervisão das atividades bancárias transnacionais aproxima-se do modelo presente no quinto cenário proposto por FARIA, onde a regulação internacional no âmbito econômico é caracterizada pela expansão “*de sistemas privados de governança e regimes normativos autorregulatórios da atividade econômica, sem a colisão com o direito positivado pelo Estado*”. Na organização desses regimes normativos articulados sob a forma de redes de sistemas públicos e privados de governança, ressalta que o Estado exerce papel de grande relevância, sem, contudo, ter esse papel critérios de exclusividade e domínio. (FARIA, 2011, p. 56)

Registre-se que apresenta grande contribuição na construção desse modelo híbrido a proposta de construção de um Direito Administrativo Global, “transpondo-se princípios, normas e institutos de direito administrativo domésticos, transpostos, com as devidas adaptações, para o plano global” (POSTIGA, 2013, p.182). Segundo a teoria e suas proposições para a área financeira, objetiva-se um maior distanciamento do modelo de articulação diplomática, buscando a prevalência do *rule of Law* na regulação das relações de investimento, por meio do exercício de uma governança administrativa transnacional, combinando instituições internacionais formais, instituições privadas com atribuições regulatórias, ações coletivas de órgãos oficiais de governos na forma de redes transgovernamentais público-privadas (SLAUGHTER, 2001), e também acordos administrativos conduzidos por oficiais de governo e arranjos híbridos (intergovernamentais e privados). ALVAREZ, 2009, p.342)

Essa proposta de tratamento normativo e de supervisão das atividades financeiras traz perspectivas importantes para o futuro da regulação bancária transnacional. Frise-se, contudo, que a divergência da presente monografia em relação aos teóricos do Direito Administrativo Global baseia-se em duas premissas adotada: a primeira quanto a estar suprimindo o problemático déficit democrático⁵², pelos motivos já apresentados na fundamentação do capítulo anterior, em especial quanto à interpenetração financeira de esferas jurídicas dos negócios realizados na atividade financeira transnacional e os direitos e interesses dos cidadãos. Justifica-se, novamente, a posição defendida no sentido de que atualmente converge-se para reconstrução de uma “esfera pública” na regulação financeira e das instituições bancárias de transnacionais, que ainda dependem do Estado Democrático contemporâneo para assegurar a legitimidade democrática nas decisões. Já a segunda, direciona-se em contestar a adoção, em algumas das premissas teóricas apresentadas pela teoria, de uma visão reducionista do papel do Direito Internacional Público.⁵³

Justifica-se esse posicionamento adotado em razão da premissa no sentido de que a governança corporativa e os poderes de autorregulação financeira do setor bancário não devem se substituir a papéis essenciais da política econômica do Estado, mas sim se adaptar aos diversos sistemas jurídicos nacionais e às regras de regulação e supervisão do setor internacional estabelecida entre os Estados (regras de Direito Internacional Público). Na verdade, a convergência é pela amplificação do papel do Estado por meio do Direito Internacional Público, com a participação em Organizações Internacionais multilaterais e no âmbito do BIS, com o estabelecimento de princípios e regras para o exercício da supervisão e regulação a atividade bancária transnacional.

Assim, essas regras delimitam os elementos essenciais do poder de regulação e supervisão dos Estados sobre a atividade bancária internacional, pautando-se, de um lado, na necessidade de se observar na regulação do setor os

⁵² Postiga (2013, p.183), resume esses argumentos: “Em resposta aos críticos que apontam como deficiência do modelo apresentado o déficit democrático no sistema de arbitragem de investimento, propõe-se a introdução de mecanismos de responsabilização, que traria o equivalente ao caráter democrático dado pelo procedimento administrativo e garantia dos direitos processuais, presentes na esfera nacional, para o plano transnacional. Este mecanismo de responsabilização funciona por meio da instituição de princípios, procedimentos e remédios para o bom funcionamento da administração global. Esta estrutura viria para suprir a ausência no plano da administração global dos elementos responsáveis pela democracia no âmbito doméstico, de que são exemplos a participação processual e um mecanismo revisional.”

⁵³ Cita-se, como exemplo a visão de Kingsbury, Kirsch, Stewart (2004, p. 17).

critérios ressaltados nesse capítulo (estruturas, democracia, proteção aos direitos sociais e econômicos diante dos riscos da atividade econômica), e de outro, na importância de não suprimir determinadas esferas de competências que são de atribuição do próprio mercado bancário transnacional, que devem ser submetidos ao regime de autorregulação na fixação das regras que são essenciais à sua eficiência, inovação e autossuficiência de um modo geral. Saliente-se que a fixação de quais regras serão submetidas à autorregulação e quais serão objetos de normas formadas no âmbito do Direito Internacional público, obviamente, serão discutidos com a necessária participação dos multilateral dos Estados e do poder político que eles representam. Destaca-se a posição de Cunha, quanto a forma de articulação dos poderes Estatais:

O reflexo da globalização do risco econômico no campo jurídico acaba por tornar o *direito internacional dos Estados em direito internacional das relações entre vários atores legítimos*, surgindo uma nova ordem normativa econômica global envolvendo, além dos Estados, também empresas multinacionais, grupos e minorias (representados ou não por organizações não governamentais), sendo certo que caso os interesses envolvidos versem sobre ações de política externa estatal, patrimônio público ou interesses difusos dos nacionais, caso refiram-se a questões tratadas em acordos, tratados ou convenções internacionais, cabe ao Estado atuar e responder conjuntamente com os demais agentes incluídos na polêmica. (CUNHA, 2009, p.346)

É nesse sentido que destaca Cunha (2009, p.349,350), ao abordar a participação dos poderes regulatórios Estatais no controle do risco no mercado financeiro e nos impactos das decisões econômicas transnacionais atuais sobre a área social, estabelecendo uma inter-relação entre esses elementos em um cenário de declínio dos tradicionais poderes estatais e da inadmissibilidade jurídica da exclusividade da autorregulação financeira:

[...] intuitivo, no entanto, que a crise econômica atualmente vivenciada reduzirá a capacidade de investimento do setor público na manutenção e ampliação de tais sistemas de proteção, com a consequente assunção, por parte dos próprios agentes econômicos, das simultâneas ações de atuação no mercado e autorregulação, ao lado das obrigações de cooperar, informar, consultar e, se necessário, negociar com as economias envolvidas sobre o possível efeito de medidas, investimentos ou reduções de mercado planejados, além da obrigação de prevenir e mitigar danos significativos correspondentes. A responsabilidade dos próprios

agentes econômicos cresce inclusive no sentido de evitar a exploração dos países menos desenvolvidos até porque a escassez de mercado, tanto por sua quantidade como por sua qualidade, é uma tendência crescente, assumindo a questão matizes sociais patentes com sua conseqüente importância política. Nesse aspecto, percebe-se que a inter-relação entre economia, mercado e política torna-se essencial para a adoção de ações políticas locais, nacionais e internacionais, além de práticas públicas e normatização respectiva, sempre tendo em vista as repercussões intergeracionais e extraterritoriais dos possíveis riscos.

Registre-se que a problemática da ausência desse poder político sobre a atividade econômica que envolve anseios e interesses que não exclusivamente se referem à atividade própria do setor financeiro, mas que são por ela diretamente influenciados, como indicam os dados apresentados e as construções feitas com as conseqüências da crise de 2008 sobre as esferas jurídicas de toda a população mundial, – ainda que não se adote a proposta de Habermas ⁵⁴, sustenta o questionamento sobre a necessidade de abertura democrática do plano regulatório, onde a força da atividade econômica do setor financeiro parece representar a preponderante força capaz de uma articulação de seu arcabouço normativo.

Registre-se que Amartya Sen(2008, p.20) ao falar sobre as origens da crise de 2007/2008 relembra como Adam Smith tem sido mal interpretado neste ponto, por defensores da teoria neoclássica para justificar a ausência de instituições e do Estado, asseverando que a regulação insuficiente das atividades financeiras tem implicações não só pelas práticas ilegítimas, mas também pela propensão de haver excessos especulativos, que tenderiam a atrapalhar os seres humanos e a busca por benefícios à sociedade, citando que Smith, ao discutir as leis contra a usura pedia a regulação estatal pra proteger os cidadãos dos “pródigos” e “malgastadores” que promoviam préstimos pouco sólidos:

⁵⁴ Ao construir o projeto transnacional de integração, Habermas (2001, p.70) destaca a importância de fusões políticas como essa constituírem uma condição necessária no sentido de uma recuperação da política em frente das forças da econômica globalizada, mas que tal projeto de unificação de Estados em uma união política seja uma concordância à respeito de um projeto de ordem econômica mundial que não se limite apenas na criação e institucionalização jurídica dos mercados, mas que insira elementos de uma “vontade política mundial” e que garantiria a domesticação das “conseqüências sociais secundárias do trânsito comercial globalizado”, o que, num comparativo, denota o principal problema enfrentado, que é o afastamento do poder político concebido democraticamente do âmbito da discussões e decisões que são tomadas na regulação e normatização do mercado financeiro, diante do vazio deixado pelo esvaziamento do Estado e sua estrutura.

A fé implícita na capacidade da economia de mercado para se auto corrigir, é em grande parte a responsável pela supressão das regulações estabelecidas nos Estados Unidos, tendia a se omitir em relação à atividade de “pródigos” e “malgastadores”. [...] Do que resulta, que esses problemas já haviam sido identificados por Adam Smith no século XVIII, mas foram desatendidos por quem estava no poder nos últimos anos, especialmente nos Estados Unidos, e não deixaram em nenhum momento de citar Adam Smith em apoio à um mercado sem restrições.

De forma empírica, a casuística recente no cenário pós-crise de 2007/2008 serve para reforçar o argumento teórico aqui proposto, já que ao se analisar as reações de diversas instituições internacionais, órgãos multilaterais e instituições bancárias, observou-se que há diversos pontos de coincidência com os modelos regulatórios que estão sendo abordados. Registre-se, nesse sentido, que a recente atuação do G20 envolve a atuação articulada entre o poder político dos Chefes de Estado e Organismos multilaterais com o Comitê de Basiléia e a reforma proposta pelo III Acordo de Basiléia. Destaca-se, ainda que a atuação conjunta envolveu, após a crise de 2008 a conversão do Financial Stability Fórum no Financial Stability Board.

Um dos mais graves problemas que é prioridade da agenda de reforma regulatória para o setor bancário do Comitê de Basiléia, é a necessidade de fortalecer a qualidade, consistência e transparência da base de capital regulatório. Esse objetivo foi aprovado pelo FSB – Fórum de Estabilidade Financeira e pelos líderes do G20. BASEL (2009, p. 164).

Por outro lado, não restam dúvidas de que a ampliação das instituições multilaterais responsáveis pela regulação e supervisão das atividades bancárias transnacionais também é relevantíssima, já que em um passado recente decisões importantes sobre a economia mundial e sobre a regulação bancária e financeira ficavam restritas ao G8 quando dependiam de deliberação estatal.⁵⁵ Saliente-se que a impossibilidade de participação das nações afetadas e principais afetados na tomada das decisões não apenas expõe o problema do déficit de legitimidade mencionado anteriormente, mas, também, gera problemas de efetividade no seu cumprimento.⁵⁶

⁵⁵ Participavam do G8 os seguintes países: Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha, Itália, Japão, Canadá e Rússia. Em 2009 o G8 deu lugar a um fórum ampliado.

⁵⁶ Para tanto, leia-se antiga esta crítica quando se fala da tomada de decisões pelo G10, “excluindo” a participação de países em desenvolvimento: “o impacto global dos padrões internacionais estabelecendo

Neste vértice, frise-se que a composição não inclusiva de uma instituição multilateral de tal importância como o BIS – Bank for International Settlements cria dificuldades na hora de implementar a regulamentação nos países que não nem fazem a fazer parte do processo de deliberação de forma plena. Ademais, o próprio advento da crise financeira no mercado de derivativos, e seu alastramento intersistêmico, colocou em questionamento a atividade da instituição do BIS - e também do Joint Forum na regulamentação dos conglomerados financeiros e da atividade das instituições financeiras em nível internacional.

No mesmo sentido desse movimento direcionado a ampliação das instituições multilaterais, mostra-se necessária a atribuição às instituições de Direito Internacional Público de funções normativas, de fiscalização e imposição de sanções sobre determinadas áreas, como a de crimes financeiros (lavagem de dinheiro), práticas anticoncorrenciais, e principalmente sobre a mapeamento e regulação do *shadow banking system*. A forma regulatória exclusivamente privada, nesses temas, não fornece qualquer parâmetro e de legitimidade e de eficiência que não seja sob o ponto de vista econômico.

Deste modo, os poderes sobre esse tipo de controle, anteriormente exercidos pelos Estados e posteriormente inviabilizados diante da globalização financeira e internacionalização econômica, são outorgados às instituições multilaterais. Ressalta-se que esses poderes, de caráter impositivo, não colidem com as formas de autorregulação anteriormente mencionadas, já que se limitam a áreas em que no âmbito interno dos Estados, exigem uma resposta sancionatória (criminal, anticoncorrencial), aplicando-a em nível transnacional diante do mercado objeto de regulação e supervisão também ser transnacional.

A regulação necessita de um equilíbrio para se desenvolver da mesma forma que o mercado, sendo que a proposta de delimitação de determinadas áreas para instituição de uma atividade regulatória transnacional entre os Estados deve atingir princípios de base do próprio Estado Contemporâneo (NASSAR e DIAS, 2010), congregando estes princípios no corpo institucional a ser formado à partir dos poderes delegados pelos Estados:

aumentos implicam no questionamento quanto à legitimidade desses padrões, especialmente quando países sujeitos aos padrões não são permitidos a participar de uma forma significante em seu desenvolvimento”. (ALEXANDER; DHUMALE; EATWELL, 2006, p. 33)”

Com efeito, não há que se falar em regulação eficiente, sem que a entidade reguladora tenha o poder de estabelecer regras gerais para o mercado que regular; da mesma forma, não há regulação eficiente sem que a entidade reguladora tenha o poder de fiscalizar o cumprimento das normas; finalmente, não há eficiência regulatória sem que à entidade reguladora seja conferido o poder de julgar e infligir sanções aos agentes infratores. (DUBEUX, 2006, p. 17)

Finalmente, ressalta-se que muitas vezes as legislações financeiras produzidas em âmbito nacional ainda apresentam grande relevância para a composição do arcabouço normativo das atividades bancárias transnacionais. O impacto da globalização financeira sobre a capacidade normativa dos Estados Nacionais Contemporâneos sobre a área financeira também é relativizada quando se analisa determinados diplomas normativos nacionais que passam a ter aplicabilidade sobre o mercado financeiro internacional. Nesta seara, destaca-se aplicação da Lei Alemã que prevê a quebra da personalidade jurídica de conglomerados transnacionais:

No âmbito interno, a perquirição da realidade tem por objetivo evitar fraudes por empresas sem substancia, criadas para burlar o fisco ou delimitar responsabilidades, cumprindo às autoridades governamentais e tribunais ignorar as pessoas jurídicas formais e considerar a rede de sociedades interligadas, como entidade econômica única. Nos Estados Unidos, como no Brasil, os tribunais tem frequentemente tratado duas ou mais sociedades como uma só fossem aplicando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Essa teoria tem sido aplicada em maior profundidade e extensão em países de direito codificado, como a Alemanha, que, com a lei de companhias interligadas (KONZERRECHT) de 1965, introduziu sistema a que define a empresa uma rede de múltiplas entidades, dentro de uma mesma estrutura. Essa orientação fundamenta a pretensão de impor leis nacionais da matriz a subsidiárias estrangeiras, sediadas em outros Estados. (MAGALHÃES, 2006, p.248).

De igual modo, a consolidação editada nos Estados Unidos dos entendimentos sobre a *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* — ou Lei de Práticas Corruptas no Exterior, afetam diretamente as empresas estrangeiras que têm acesso ao mercado financeiro dos EUA, ou as subsidiárias de empresas americanas no País de origem, aquelas que tenham firmado negócios nos EUA ou usado estruturas americanas, como bancos, sistemas de comunicação e aeroportos. O Departamento de Justiça americano publicou diretrizes para o combate à corrupção nas empresas, independentemente do país onde essa prática tenha acontecido,

direcionada principalmente às fraudes bancárias e financeiras realizadas em instituições transnacionais. (DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA, 2013)

Ressalta-se que todos esses pontos convergem para demonstrar a importância da participação do Estado contemporâneo nas funções de regulação bancária transnacional, principalmente em razão das atuais reformas e implementação do III Acordo de Basileia não terem apresentado propostas de reformas em relação aos arts.780-783 do II Acordo de Basileia, limitando-se à exercer uma atividade regulatória técnica voltada exclusivamente implementação de medidas mais rígidas aos Bancos, buscando corrigir as falhas nas exigências então vigentes⁵⁷, sendo que estas serão incorporadas pelos Estados participantes do Comitê e do BIS por meio de adaptações em seu ordenamento jurídico. Assim, a construção de uma coordenação internacional e a definição de papéis, instrumentos, direitos, obrigações às instituições financeiras e às entidades reguladoras, não foram abordadas pela nova proposta de regulamentação da atividade bancária do Basileia III.

Dentro desse contexto e sopesadas todas circunstâncias abordadas, é possível apresentar a resposta a que se propõe a presente dissertação, já que se demonstrou que ainda é reservado ao Estado Democrático Contemporâneo intensos papéis dentro da regulação e supervisão da atividade bancária internacional. Não se constitui, portanto, elemento passível de ser excluído do âmbito da construção das estruturas jurídicas, econômicas e políticas, que em forma de instituições ou modelos de governança, exercerão as atividades de regulação e supervisão das atividades bancárias transnacionais. Somente com a presença desse elemento (Estado Contemporâneo) será possível se atingir o objetivo de supervisão global consolidada previsto nos Acordos de Basileia.

⁵⁷ Destaca-se, nesse sentido, o seguinte parágrafo 12 da primeira proposta de Reforma (BASEL, 2009): “12. O Comitê da Basileia está aumentando a resiliência do setor bancário por meio do reforço do capital regulatório, construindo nos três pilares do II Acordo de Basileia. As reformas aumentam a qualidade do base de capital regulatório e avança na cobertura do risco nos modelos de capital. Eles estão sustentados por um nível de alavancagem que objetiva conter alavancagem excessiva no setor bancário e proporcionar uma camada extra de proteção contra riscos modelo e medições de erro. Finalmente, o Comitê está introduzindo um número de elementos macroprudenciais no modelo de capital para ajudar conter o risco sistêmico que surge de instituições financeiras procíclicas e interconectadas.”

CONCLUSÃO

Foi possível constatar com a pesquisa que os instrumentos de intervenção do Estado Contemporâneo na atividade bancária transnacional, por meio da atividade regulatória e de supervisão, ainda se mostram importantes na atualidade. Inicialmente, diante da constatação de que as atividades (negócios jurídicos) que ocorrem no âmbito do setor impactam diretamente na política econômica do Estado, que mantém com as atividades bancárias transnacionais intrínsecos elementos de interdependência estrutural. Ademais, observou-se que apresentam direta influência vida da população, sendo que as crises bancárias e financeiras afetam direitos sociais e econômicos, e alguns deles, como os direitos sociais e econômicos de segunda geração (que dependem de uma prestação financeira a ser despendida no âmbito do orçamento Estatal), são de exclusiva responsabilidade do Estado por força das Constituições Nacionais.

Depreende-se essa característica da última crise financeira mundial, que teve início e se propagou justamente nas atividades bancárias transnacionais. De igual modo, a mais recente fraude bancária internacional, que se tratou da manipulação das taxas LIBOR pelo banco transnacional Barclays, só é uma pequena demonstração de como no âmbito regulatório, interesses de poucos agentes econômicos são passíveis de desencadear uma onda de desequilíbrios propagada por meio da interconectividade contratual, que afetam a renda das famílias de quase todos os indivíduos por meio de seus relacionamentos com o sistema bancário, materializados por contratos de trabalho, empréstimos bancários, hipotecas, financiamentos estudantis, entre outros.

Foi constatado também que no âmbito do arcabouço regulatório da atividade bancária transnacional, ainda não se conseguiu reproduzir um mecanismo de participação democrática nas decisões, e muitos dos cidadãos que tem seus direitos diretamente afetados pelas decisões tomadas no hipercomplexo arcabouço de relações de poder privadas dos grandes bancos transnacionais, sequer têm idéia da existência dessas decisões, e de como elas tem impacto na sua vida cotidiana, de cidadão e de consumidor que hoje sustenta com sua força de trabalho e capacidade de consumo quase todas economias contemporâneas. Para os possuidores desses direitos, o sistema político dos Estados Democráticos

Contemporâneos ainda é a única forma de se ver representado perante as decisões que ditam o rumo da economia mundial.

Tornou-se objetivo do presente trabalho, portanto, testar a proposição-tese de que ainda haveria uma importância do direito produzido no âmbito do Estado quando se tem por objeto de normatização do setor financeiro e bancário internacional (regulação) e uma capacidade de supervisioná-las em nível transnacional, apesar de todas as leituras e análise feitas nos últimos anos apontando para “o fim do Estado” e de seus instrumentos de intervenção macroeconômica. Depois de toda a pesquisa e das considerações apresentadas, a resposta somente pode ser positiva.

No que diz respeito à atividade regulatória do Estado, especificamente nas atividades bancárias transnacionais, ressalta-se que a tendência que se consolida direciona-se a construção de um regime híbrido de regulação bancária pautado nas normas contidas no Acordo de Basiléia, inserindo os Estados nacionais e seus poderes regulatórios, dentro do plano regulatório transnacional. Contudo, é certo que as leituras que demonstram existência de uma fratura regulatória na atividade bancária transnacional colocam o Estado no mesmo desafio de antes da crise, apresentando uma ainda constante divergência entre o Direito e os processos econômicos correntes, que continuarão demonstrando a dificuldade de se operar a lógica normativa (top-down) à regulação das atividades bancárias transnacionais, já que assim como outras indústrias são organizados por uma combinação policêntricas entre mercados e redes.

Da análise da reação da atividade regulatória do Comitê da Basiléia após a crise de 2008, percebe-se inicialmente que a atividade seguiu essa tendência de se incluir novamente do Estado nos cenário regulatório das atividades bancárias transnacionais, já que as reformas nos Acordos de Basiléia e a implementação do Basiléia III foram feitas após o debate ocorrido no âmbito do BIS (em articulação com o G20 e o FSB) e que atualmente estão sendo implementados nos ordenamentos jurídicos dos países membros. Entretanto, em momento posterior averiguou-se que deixou de existir nas reformas propostas, intenções de modificações concretas na consolidação da regulação e da supervisão bancária transnacional e da participação das autoridades vinculadas ao Estado nesse processo.

Ocorre que, apesar dessas observações empíricas, os elementos demonstrados anteriormente no sentido de que se tornaria imprescindível a participação do Estado na regulação e supervisão das atividades transnacionais, consistem em fundamentos concretos para a adoção de certas premissas no sentido da articulação entre os Estados para ampliação do Direito Internacional Público, estabelecendo-se modificações pontuais como: a celebração de Tratados na área de direitos econômicos e sociais; a reforma de instituições buscando um maior multilateralismo na formulação de determinadas regras regulatórias; adoção de demais medidas sempre com objetivo de suplementar a ausência de um espaço público no âmbito regulatório das atividades bancárias transnacionais.

Esse exercício, vale dizer, marcará o regime híbrido anteriormente mencionado, coexistindo com as regras de autorregulação, e terá por objetivo deliberar e regulamentar pontos importantes que não são prioridades nesses regimes como: impacto das atividades transnacionais em direitos sociais e econômicos, repressão a crimes de lavagem de dinheiro, direitos do consumidor das atividades bancárias, aproximação regulatória da atividade bancárias em mercados desregulados (shadow banking system), atenção especial para bancos públicos de desenvolvimento e ou com objetivos sociais, transparência não somente para o mercado (como prevê os Acordos de Basileia, mas para todos os setores). Portanto, a observação empírica demonstrou que em certa medida essa foi a tendência observada durante o debate inicial sobre as propostas de elaboração do III Acordo da Basileia, no sentido de existir uma convivência paralela entre o Direito Internacional Público, produzido no âmbito da atuação do FSB e G20 enquanto simultaneamente estavam em discussão e reforma das regras do Acordo da Basileia, de modo que o Comitê sempre esteve se reportando àquelas organizações.

Por outro lado, especificamente quanto ao exercício da supervisão bancária por parte do Estado, ressalte-se que devem ser aplicadas as mesmas considerações feitas acima quanto à sua atividade regulatória. Outrossim, resta claro que em uma medida mais acentuada do que a atividade de regulação, a ampliação dos poderes de supervisão do Estado requer urgência, estabelecendo-se de forma multilateral, e não bilateral como prevê os arts. 781 e seguintes do II Acordo de Basileia. Essa necessidade decorre do fato de a reforma proposta pelo Basileia III, com ressaltado, não ter incluído modificações no sentido de um aprimoramento da construção da supervisão da atividade bancária transnacional, mantendo-se a

aproximação próxima à da autorregulação pelo mercado contida no Pilar 3 do II Acordo da Basileia.

Com efeito, destaca-se que esse modelo é baseado na teoria do paradigma do mercado eficiente e no quase que exclusivo papel das agências internacionais de rating (consultorias privadas), que foi refutada como forma de autorregulação exclusiva na presente dissertação. Os pressupostos teóricos demonstrados quanto à necessidade de rejeição dessa teoria, convergindo para uma releitura do papel de intervenção do Estado e articulação com base no Direito Internacional Público, direcionam para a conclusão de que somente com participação dos Estados Contemporâneos Democráticos e de Direito é que se efetivamente se atingirá uma supervisão global consolidada para o setor bancário transnacional.

Transcorrido já um quinquênio desde a crise financeira internacional que se iniciou em um Mercado bancário doméstico e se espalhou pandemicamente por meio das atividades bancárias e financeiras transnacionais, e em um momento em que as discussões políticas sobre a melhor maneira de reformular a regulação financeira e bancária internacional deixa de ser a principal pauta nas relações políticas internacionais, mostra-se cenário ideal para se abandonar o discurso do fim do Estado Nacional Contemporâneo e de seus poderes de participação nas atividades bancárias transnacionais, tradicionalmente reconhecido como seu poder de intervenção econômica. Impõe-se reconhecer sua importância como ente regulador e supervisor da atividade bancária transnacional, tendo por base a necessidade de reforço das instituições de Direito Internacional Público e direito de integração (propositalmente excluído do presente trabalho por razões metodológicas), reforçando uma nova tendência de participação do Estado nos regimes regulatórios sobre o setor bancário de forma global, justamente com o objetivo de superar o dilema do declínio das intervenções macroeconômica do Estado sobre o setor. De igual modo, revela-se importante o reforço do multilateralismo e a prevalência da não aceitação de que a autorregulação de forma exclusiva por agentes do Mercado bancário e financeiro como sendo juridicamente admitida.

Por todo o exposto até aqui, conclui-se que, independentemente de qual dos prognósticos se consolidará como o futuro da regulação financeira internacional, foi possível esclarecer a dúvida a respeito da existência de um papel

do Estado Democrático Contemporâneo dentro desse nebuloso e incerto setor. Assim, a partir das regras do segundo Acordo da Basileia, que é o instrumento regulatório internacional aplicável a essas relações, atingi-se o objetivo principal do trabalho, extraindo-se das análises jurídicas realizadas a insuficiência da autonomia regulatória (autorregulação) exclusiva das atividades bancárias transnacionais, respondendo-se positivamente ao questionamento sobre ainda existir um papel para o Estado Contemporâneo participar da regulação e supervisão da atividade bancária transnacional, devendo esta participação construída em harmonia e a partir das regras do Acordo de Basileia que dispõe sobre a supervisão global consolidada.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933. Tomo 1. p. 77.

ALEXANDER, Kern; DHUMALE, Rahul; EATWELL, John. Global Governance of Financial Systems. **The International Regulation of Systemic Risk**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

ALVAREZ, José E. **The Public International Law Regime Governing International Investment. Recueil des cours**. v. 344. Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2009. p. 342.

ANDRADE, Paulo Roberto Siqueira de. **Economia política para o curso de Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Conceito Jurídico de Regulação da Economia**. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Disponível em: <[http:// www.bcb.gov.br](http://www.bcb.gov.br)>. Acesso em 14 jul. 2013.

_____. **Princípios Fundamentais para uma Supervisão Bancária Efetiva** (Trad.), 2006. Disponível em: <[http:// www.bcb.gov.br](http://www.bcb.gov.br)>. Acesso em 14 jul. 2013.

_____. **Manual da Supervisão**. Disponível em:<<https://www3.bcb.gov.br/gmn/visualizacao/listarDocumentosManualPublico.do?method=visualizarDocumentoCodigoFormatado&codigoFormatado=1.1.10&idManual=1>>. Acesso em: 15 ago.2013.

BANCO MUNDIAL. 2013. Disponível em: Disponível em: <<http://www.worldbank.org/pt/about>>. Acesso em: 09 ago. 2013.

BASEL - COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. **Principles for the supervision of banks' foreign establishments (Concordat). 1983**. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bcbssc312.htm>>. Acesso em 11 fev. 2011.

_____. **International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards**. Bank for International Settlements, 1988 Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bcbssc111.htm>>. Acesso em 11/04/2013.

_____. **Amendment to the Capital Accord to Incorporate Market Risks**. Bank for International Settlements, 1996

_____. **International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards, A Revised Framework. Comprehensive Version**. Bank for International Settlements, 2006.

_____. **Statutes of the Bank for International Settlements** Disponível em: <<http://www.bis.org/about/statutes-en.pdf>> Acesso em: 15 ago.2013.

_____. Disponível em: <<http://www.bis.org/bcbs/basel3.htm>>. Acesso em 11 abr. 2013.

_____. **Strengthening the resilience of the banking sector**. 2009. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bcbs164.pdf>>. Acesso em 11 abr. 2013.

_____. **Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems**. 2010. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bcbs189.pdf>>. Acesso em 11 abr. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, n. 14, jun/ago/2002. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 15 jul.2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, v. 7.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à Globalização. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999.

BELUZZO, Luiz Gonzaga. A Crise Financeira e o papel do Estado. In: **Crise Financeira Mundial: Impactos Sociais e no Mercado de Trabalho**. Org. Carlos Roberto Bispo et al. Brasília: Fundação ANFIP, 2009. p.19-29.

BIS - BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS. Disponível em: <www.bis.org>. Acesso em 11 nov. 2012.

_____. Disponível em: <<http://www.bis.org/bcbs/jointforum.htm>>. Acesso em 11 fev. 2013.

_____. **A glossary of terms used in payments and settlement systems**. 2003. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/cpss00b.pdf>> . Acesso em: 10 set. 2013.

BLACK, Julia. ROUCH, David. **The development of the global markets as rule-makers: engagement and legitimacy**. In: Law and Financial Markets Review. 2008. p.218-233.

BLACK, Julia. **Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes**. In: Regulation & Governance, Wiley-Blackwell, v.2,n.2, 2008

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicolas; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília: UNB, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Construindo o Estado Republicano: Democracia e Reforma da Gestão Pública**. FGV: São Paulo, 2009.

CAFAGGI, Fabrizio and Janczuk, Agnieszka (2010) "Private Regulation and Legal Integration: The European Example," *Business and Politics*: Vol. 12: Iss. 3, Article 6. p.201-228. Disponível em: <<http://www.bepress.com/bap/vol12/iss3/art6>> . Acesso em 11 abril 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª Edição. Coimbra: Almedina, 1995.

CASESSE, Sabino. **Administrative Law Without the State? The challenge of global regulation**. *International Law and Politics*. Vol. 37:663 2006 p.663-694.

CASTRO, Marcos de Faro. **Liberalism, Competition and the Enjoyment of Rights**. In: Miodrag Micovic. (ed.). *Liberalism and the Protection of Competition* [original title of book is in Serbian]. Kragujevac [Republic of Serbia]. Faculty of Law of Kragujevac, 2010, p. 33-47.

CASTRO, Marcos de Faro. **It's not just the LIBOR: legal ideas are flawed too**. 2012. Acesso em: <<http://economialegal.wordpress.com/>> Acesso em : 10 set. 2013.

CASTRO, Marcos Faro de. **Direitos sociais, econômicos e culturais: uma abordagem Pós-Neo-Clássica**. In: *Rev. Jur. Presidência da República, Brasília, v. 7, n. 74, p.10-18, ago/set, 2005*.

CASTRO, Marcos Faro de. **Instituições Econômicas: Evolução de seus Elementos Constitucionais na Sociedade de Mercado**. *Revista Direito Empresarial* (Curitiba), v. 6, 2006, p. 41-62.

CENCI, Elve Miguel; DE PAULA, Lucas Franco. **Democracia, Estado Contemporâneo e regulação do mercado financeiro internacional: reflexões após a crise econômico financeira de 2008**. p. 4682-4701* Trabalho publicado nos Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI realizado em Vitória - ES nos dias 16, 17, 18 e 19 de Novembro de 2011

CEPAL. **Globalização e Desenvolvimento**. 2002. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/10029/Apresentacao-Globalizacion.pdf>>. Acesso em 11 set. 2013.

CEPAL. **O Progresso da América Latina e do Caribe até as metas de desenvolvimento do Milênio: desafios para obtê-las com igualdade**. Santiago. Comissão Econômica para a América Latina e Caribe. (2008).

CERQUEIRA. Luiz Eduardo Bianchi, **Ordem Jurídica Internacional e Internacionalização do Capital**. Curitiba. Juruá. 2007.

CINTRA, M. A. M.; FARHI, M. **A crise financeira e o Global Shadow Banking System**. *Novos Estudos*, n. 82, p. 35-55, nov. 2008

COMISSÃO EUROPEIA, 2012. Disponível em:
<http://europa.eu/newsroom/highlights/eurocouncil_062012/index_en.htm> Acesso em 02 jul. 2012.

COMISSÃO EUROPEIA. **Livro Verde: Sistema Bancário Paralelo**. Bruxelas: Comissão Europeia, 2012.

CORAZZA, Gentil. **Os dilemas da supervisão bancária**. Indicadores Econômicos FEE, Porto Alegre, v. 28, p. 85-99, 2000.

CRUZ, Paulo Márcio. FERRER, Gabriel Real. **A crise Financeira mundial, o Estado e a Democracia Econômica**. In: Estado e Crise Econômica: Questões relevantes. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Maria de Fátima Ribeiro (Organizadoras). Arte e Ciência: São Paulo, 2011.

CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. **Crise Econômica e possíveis perspectivas jurídico-sociais**. In: Revista Direito GV, São Paulo, v.5(2), p.343-358. Jul-Dez. 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. Saraiva São Paulo 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007

DAL RI JUNIOR, Arno. **História do Direito Internacional; Comércio e moeda; Cidadania e nacionalidade**. Florianópolis: Boiteux, 2004.

DE GRAUWE, Paul. **Lessons from the Banking Crisis: a return to Narrow Banking**. In: CESifo DICE Report. 2/2009. p.19-23. Disponível em:<http://www.econ.kuleuven.be/ew/academic/intecon/Degrauwe/PDG-papers/Recently_published_articles/Lessons%20from%20banking%20crisis-DICE.pdf> Acesso em 15 set. 2011.

DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA. Disponível em:
<<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/>>. Acesso em : 10 set. 2013.

DOS SANTOS, Ivan Carlos Almeida. **Regulação Bancária: A influência do Acordo de Basiléia no Brasil**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

DIAZ, Elias. **Estado de Derecho y sociedad Democrática**. 4ª ed. Cuadernos para el diálogo: Madrid, 1972.

DUBEUX, Julio Ramalho. **A Comissão de Valores Mobiliários e os Principais Instrumentos Regulatórios do Mercado de Capitais Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

DYMSKI, Gary. **A Eficiência Social e a Regulação Bancária: Lições da Experiência Americana**. in Rogério Sobreira (org.). Regulação Financeira e Bancária. São Paulo:Atlas, 2005

EATWELL, John. DHUMALE, Rahul. ALEXANDER, Kern. **Global Governance of Financial Systems. The International Regulation of Systemic Risk.** Oxford: Oxford University Press, 2006.

ECONOMIST, The. Disponível em <http://www.economist.com/blogs/dailychart/2010/12/europes_economies>. Acesso em 16 set 2011

EICHENGREEN, Barry. **Globalizing Capital – A history of the international monetary system.** Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2008.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da Crise.** São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. ATIENZA, Manuel. **Jurisdicción y Argumentación em el Estado Constitucional de Derecho.** México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

FONSECA, Pedro Cezar Dutra. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 19, n. 3 (40), p. 425-447, dez. 2010.

FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. **Sistema financeiro e responsabilidade social: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito.** São Paulo: Textonovo, 2004.

FREITAS *Maria Cristina Penido de Freitas Daniela Magalhães Prates*, **AS RESTRIÇÕES DAS NOVAS REGRAS DO COMITÊ DA BASILÉIA SOBRE AS**

CONDIÇÕES DE FINANCIAMENTO DOS PAÍSES PERIFÉRICOS Econ. Ensaios, Uberlândia, 15 (2): 59-93, jul. /2001

FSB – Financial Stability Board. Disponível em: <<http://www.financialstabilityboard.org/about/overview.htm>>. Acesso em 11 fev. 2013.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **The Role and The Function of International Monetary Fund.** Washington DC: 1985.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/np/exr/facts/sdr.htm>>. Acesso em 11 fev. 2013.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. 2012. Disponível em <<http://www.imf.org/>>. Acesso em 23 set. 2012.

G20 – Grupo dos Vinte. Disponível em: <http://www.g20.org/docs/g20_russia/outline>. Acesso em 11 fev. 2013.

GERMER, Claus Magno. **O sistema de crédito internacional e a instabilidade financeira dos países da periferia capitalista**. Revista Economia e Sociedade. Campinas, (15): 159-178, dez. 2000.

GIDDENS, Anthony. **O Mundo na Era da Globalização**. Portugal: Presença, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

GREENSPAN, Allan. (2007), **The Age of Turbulence: Adventures in a New World**. Penguin Books, London.

GUP, Benton E. **The New Basel Capital Accord**. New York: Thomson, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A nova Intransparência. A crise do Estado de Bem-Estar Social e o Esgotamento das Energias Utopicas**. Novos Estudos CEBRAP nº 18, setembro 87. pp. 103-114

HERDINGER, Matthias. **Internationales Wirtschaftsrecht: Ein Studienbuch**. 8.^a Ed., Beck Juristischer Verlag: Munique, 2009.

IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 9^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

IAIS – International Organization of Insurance Supervisors. Disponível em <http://www.iaisweb.org/>. Acesso em 11 fev. 2013.

IOSCO- International Organization of Securities Comissions. Disponível em: <<http://www.iosco.org/about/>>. Acesso em 11 fev. 2013.

JESSOP, Bob. **Narrating the Future of the National Economy and the National State? Remarks On Remapping Regulation and Reinventing Governance** Department of Sociology, Lancaster University, Disponível em <http://www.comp.lancs.ac.uk/sociology/papers/Jessop-Narrating-the-Future.pdf>. Acesso em 13 abril 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KAPLAN, Marcos. **Estado y globalización**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

KEMPFER, Marlene. **Dever de intervenção do estado na ordem econômica por meio da função normativa**,. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (Org.). Direito empresarial contemporâneo. São Paulo: Arte & Ciência, 2007, p. 209-248

KEYNES, John Maynard. **Proposals to Counter the German New Order**, JMKCW, vol. XXV, p.8.1940.

_____. **Economia**. São Paulo: Ática, 1978

_____. **A teoria geral do emprego, do juro e do dinheiro.** São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. **To J.V.Robinson.** 9 September 1944, JMKCW, vol. XXVI, p. 131.

_____. **The end of laissez-faire.** Amherst, New York: Prometheus Books, 2004.

KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law.* Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2004/1. Disponível em: <<http://www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf>>. Acesso em: 01ago. 2013.

KRUGMAN, Paul R. OBSTFLELD, Maurice. **Economia Internacional: Teoria e Política.** São Paulo: Pearson, 2007.

LASTRA, Rosa Maria. **Banco Central e Regulamentação bancária.** Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000.

LOWENFELD, Andréas F. **International Economic Law.** Oxford: Oxford University Press, 2002.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Econômico Internacional: Tendências e Perspectivas.** Juruá: Curitiba, 2006.

MARQUES, Rafael da Silva. O valor social do trabalho na Constituição de 1988: possibilidades interpretativas.. Dissertação apresentada ao Curso de Pósgraduação em Direito – Mestrado – da Universidade de Santa Cruz do Sul, para a obtenção do título de Mestre em Direito. 180p.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MATIJASCIC, Milko. PIÑON, María. ACIOLY, Luciana. **Crise Financeira Internacional: Reação das Instituições Multilaterais.** BELUZZO, Luiz Gonzaga. A Crise Financeira e o papel do Estado. In: Crise Financeira Mundial: Impactos Sociais e no Mercado de Trabalho. Org. Carlos Roberto Bispo et al. Brasília: Fundação ANFIP, 2009. p.29-41.

MATTOS FILHO, Ary Oswaldo; LIMA, Maria Lúcia Labate Mantovanini Pádua. (coord.) **Reforma do Sistema Financeiro Norte Americano.** In Cadernos Direito GV: Seminário 30. Vol 6. N6: julho de 2009. Crise no Sistema Financeiro Internacional. p. 7-21

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público.** 15.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 18ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2005.

MELTRON, Robert C. **Financial innovation and the management and regulation of financial institutions.** Journal of Banking and Finance, Boston, MA. US. 1995. v.19. p.461-481.

MENEZES, Wagner. **A “soft law” como fonte do direito internacional.** *in* **MENEZES, Wagner (coord.). Direito internacional no cenário contemporâneo.** Curitiba: Juruá, 2003.

MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito Econômico.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito Econômico.** Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição: para um conceito de constituição econômica.** 2. ed.,Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão Fundamental da democracia.** Tradução: Peter Naumam, revisão: Paulo Bonavides, São Paulo: Max Limonad, 1998.

NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 1966.**

NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <<http://www.un.org/en/ga/second/index.shtml>>. Acesso em 11fev. 2013.

NASSAR, Paulo André Silva. DIAS, Vitor Martins. **Regulação Financeira Transnacional: Superando a Crise dos Derivativos Financeiros.** Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Anais do Conpedi. p.2351. 2362.

NEIVA, Micheline Mendonça. **Análise Jurídica do Segundo Acordo da Basiléia: A Regulação do Mercado Bancário Internacional por meio de soft law e sua legitimidade Democrática.** Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2008.

NUSDEO, FABIO. **Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico.** 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. **Constitucionalismo Multinível – Contribuição para Compreensão da Interconstitucionalidade no Estado Constitucional.**In: Revista Eletrônica de Direito do Estado. nº10. p.12-14. abril/maio/junho de 2007.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

POGGI, Gianfranco. **The Develpoment of the Modern State: A sociological Introduction.** Stanford California: Stanford University Press, 1978.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época.** Rio de Janeiro: Campus, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Sociais, Economicos e Culturais e Direitos Civis e Políticos.** In: SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 1. Nº1. p.20-47. 1º Semestre de 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Globalização Econômica, integração regional e direitos humanos.** In: PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. (Cord.) Desafios do Direito Constitucional Internacional. Max Limonad. 2002. p.39-75.

POSTIGA, Andréa Rocha. **A emergência do direito administrativo global como ferramenta de regulação transnacional do investimento estrangeiro direto.** Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 1, 2013 p. 171-193.

RODRIK, Dani. **The Globalization Paradox: Democracy and the future of World Economy.** WW.Norton & Company: Nova Iorque, 2011.

ROSENTHAL, Jonathan. **Chained but Untamed. Special Report: International Banking.** The Economist. 12. de Maio de 2011. Disponível em:<http://www.economist.com/node/18654622>. Acesso em 05/08/2011.

ROTH, André –Noël. **O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno.** In: Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas. Org. José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 2010.

ROUBINI, Nouriel. **Why Central Banks Should Burst Bubbles.** International Finance. nº 9, 2006.: p. 87–107.

SANTOS, Boaventura. **Os Tribunais e a Globalização,** Jornal Folha de São Paulo, 9.11.96. p.2.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Law and Globalization from below. Towards a Cosmopolitan Legality.** Cambridge University Press,2005.

SADDI, Jarito (org.). **Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional: 25 anos da Lei 6.024/74.** São Paulo. Textonovo: 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. (RERE), Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público, nº15, setembro/outubro/novembro 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 16. Set. 2011.

SEC – Securities Exchange Commission. Disponível em: <<http://www.sec.gov/answers/nrsro.htm>>. Acesso em 11abr. 2013

SEC – Securities Exchange Commission. Disponível em: <<http://www.sec.gov/answers/nrsro.htm>>. Acesso em Acesso em 11 nov. 2012

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. **Capitalismo más allá de la crisis**. El Viejo Topo. 2008. Disponível em: <www.elviejotopo.com/web/archivo_revista.php?>. Acesso em 15 janeiro de 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24^aed. Malheiros: São Paulo, 2005.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy**. Working Paper n. 18. Cambridge: Harvard Law School, 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=283976>. Acesso em: 10.set. 2013.

_____. **Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy**. MICHIGAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW n. 1041, 2003.

_____. **A New World Order**. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Introdução às Agencias Reguladoras**. In: Direito Administrativo Econômico. Org. Carlos Ari Sundfeld Malheiros: São Paulo, 2006.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 3^a Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

VERDÚ, Pablo Lucas. **La Lucha por el Estado de Derecho**. Publicaciones del Real Colegio de Espana: Bolonha, 1975.

VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003. V. II.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. São Paulo: Universidade de Brasília, 2004.